

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق

جامعة الاسكندرية



السنة الخامسة عشرة (١٩٧٠)

العدد الثاني

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور مصطفى كمال طه

السنة الخامسة عشرة (١٩٧٠)

العدد الثاني

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٧٣

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

استهدفت مجلة الحقوق منذ إنشائها نشر الثقافة القانونية والاقتصادية وتشجيع البحث الجاد والدراسة المتعمقة ، فأمدّت فقه القانون بلخيرة ضخمة من البحوث الدقيقة والمقالات القيمة ، كان لها أثرها البارز في توجيه المشرع وإيضاح معالم الطريق أمام القضاء .

ويضم هذا العدد ، شأن الأعداد السابقة ، مجموعة من البحوث والمقالات في موضوعات شتى في مجال القانون والاقتصاد تتصل بالنظر والعمل على السواء .

وتأمل المجلة أن تكون قد أدت رسالتها طيلة السنوات الماضية وحققت للمشتغلين بالقانون والاقتصاد كل نفع عظيم .

والله ولي التوفيق .

رئيس التحرير

فهرس

مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية

للدكتور السيد محمد ابراهيم ١ - ١٧٤

عرض تحليلى موجز للنشاط المصرفى والتجارى والنظام النقدى اللبئانى

للدكتور صبحى تادرس قريصه ١٧٥ - ١٩٧

القانون والاجتماع الإنسانى

للدكتور جلال العدوى ١٩٩ - ٣٦٢

النظامان الرئاسى والبرلمانى فى دساتير الدول العربية

للدكتور محمد فؤاد مهنا ٣٦٣ - ٤٢٩

القصد الجنائى فى تزوير المحررات

للدكتور عوض محمد ٤٣١ - ٥٢٠

تحديد مقابل التحسينات فى أجرة الأماكن

للدكتور همير عبد السيد تناغو ٥٢١ - ٥٣٨

مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية

للدكتور

السيد محمد إبراهيم

المستشار المساعد بمجلس الدولة

نبذة عن البحث

القسم الأول

تطور المبدأ في فرنسا وارتداداه في مصر

الباب الأول : تطور المبدأ في فرنسا

الفصل الأول : ظهور المبدأ في النظام الفرنسي القديم قبل الثورة الفرنسية .

المبحث الأول : وحدة السلطة واختلاط الوظائف وعدم الفصل بين الهيئات .

المبحث الثاني : إعمال الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية .

الفصل الثاني : إقرار المبدأ بعد الثورة الفرنسية كأسلوب للفصل بين القضاء الإداري والمحاكم القضائية

المبحث الأول : تطبيق المبدأ كوسيلة لحماية الإدارة العاملة ،

المبحث الثاني : الخلط بين الإدارة العاملة والإدارة القضائية .

الفصل الثالث : تطور المبدأ إلى أسلوب للفصل بين القضاء الإداري والإدارة العاملة

الباب الثاني : ارتداد المبدأ في مصر

الفصل الأول : المبدأ في عهد المحاكم القضائية قبل إنشاء مجلس الدولة

الفصل الثاني : المبدأ بعد إنشاء مجلس الدولة .

القسم الثاني

العلاقات المتبادلة بين القضاء الإداري والإدارة العامة

الباب الأول : احترام القضاء الإداري للوظيفة الإدارية

الفصل الأول : امتناع القضاء الإداري عن القيام بالأعمال الإدارية

المبحث الأول : حالات الخطر

المبحث الثاني : حالات تشبه بالخطر

المبحث الثالث : حالات تخالف الخطر

الفصل الثاني : امتناع القضاء الإداري عن تقدير ملاءمة الأعمال الإدارية

المبحث الأول : السلطة المقيدة والسلطة التقديرية

المبحث الثاني : المشروعية والملاءمة

الباب الثاني : احترام الإدارة العامة لأحكام القضاء الإداري

الفصل الأول : حجية الأحكام وآثارها

الفصل الثاني : تنفيذ الأحكام

المبحث الأول : التنفيذ عن الفترة السابقة على الحكم

المبحث الثاني : التنفيذ عن الفترة اللاحقة لصدور الحكم

الفصل الثالث : مسؤولية الإدارة عن عدم تنفيذ الأحكام

خاتمة

الرموز

م يرمز الى أن الحكم صادر من محكمة القضاء الإداري يليه سنة المجموعة المنشور بها الحكم ثم رقم الصفحة المنشور بها الحكم :

ع يرمز الى أن الحكم صادر من المحكمة الإدارية العليا يليه سنة المجموعة المنشور بها الحكم ثم رقم الصفحة المنشور بها الحكم :

مقدمة

لم يكن مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية (١) - في نشأته في فرنسا - وليد الفكر والنظر القانوني ، بل كان وليد ظروف واعتبارات سياسية أوجت به وحملت إلى تقريره ، ثم أخذ المبدأ طريقه إلى التطور بطيئاً ومضطرباً ، مختلطاً في نظر البعض بمبدأ الفصل بين السلطات ، منفصلاً عنه في نظر البعض الآخر ، متأثراً بالسائد أو الغالب من الفكر السياسي أو القانوني ، إلى أن استقر على وضعه الحالي في صورة تختلف إيماناً باختلاف عما قصد إليه واضعوه ، سواء في مفهومه أو في آثاره على العلاقات المتبادلة بين الهيئات موضوع الفصل .

ويلدور المبدأ في محوره وفي تطوره حول الاختصاص العام بالفصل في المنازعات الإدارية ، فقد اشتد فيها الجذب بين الهيئات القضائية والهيئات الإدارية ، الأولى تشبه اليها تمسكاً منها بوظيفتها القضائية . ، والثانية تشبه اليها تمسكاً منها باستقلالها بشئونها .

وحتى بعد إنشاء مجلس الدولة كهيئة مستقلة حلاً للملك التنازع بين الهيئات المذكورة ، وليختص دونها بالفصل في المنازعات الإدارية ، ظهرت آثار الشد والجذب بين تلك الهيئات : ففى فرنسا جذبت الهيئة الإدارية ليقوم في أحضانها ، وفي مصر جذبت السلطة القضائية ليقم بينها .

(١) يطلق عليه بعض الفقهاء صفة التناحية règle وليس المبدأ principe كذلك يعبر البعض عن الهيئات « الإدارية والقضائية » بصيغة الجمع
séparation des autorités administratives et judiciaires
ويعبر البعض الآخر عنها بصيغة المثنى أى الهيئتان الإدارية والقضائية .
separation des autorités administrative et judiciaire
وكان Vodel يستعمل صيغة المثنى إلا أنه نزولاً على ما تجرى عليه الألفية من استعمال صيغة الجمع عدل عن اتجاهه وعاد يستعمل صيغة الجمع
Vodel. Droit Administratif 1968 p.61.
وقد أخذنا بالاتجاه الغالب .

ولهذا فإن تاريخ مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية ، هو في حقيقة تاريخ القضاء في المنازعات الإدارية . كما أنه في تطوره ، كان يتعكس في قلب ذلك القضاء بين تلك الهيئات ، إلى أن انحسم الأمر بإنشاء مجلس الدولة الفرنسي .

وإذا كان التنازع قد قام أصلاً بين الهيئات الإدارية وبين المحاكم بوصفها الهيئة القضائية ، فإنه بعد إنشاء مجلس الدولة الفرنسي كأملوب لحل ذلك التنازع ، ورغم عدم دخوله طرفاً فيه ، كان حتماً أن تلحقه بغض آثاره ، لتفرض عليه وهو يقضى في منازعات تختصم فيها الإدارة ، حدوداً لهذا القضاء ، يحفظ فيها ليس الجوهر الموضوعي لاستقلال الإدارة فحسب بل وكذلك المظهر الشكلي لهذا الاستقلال .

وفي النطاق المتقدم يتحدد منهج البحث . إذ ينبغي استعراض نشأة ذلك المبدأ وتطوره في فرنسا ، ومكانه في نظامنا القضائي في مصر وذلك في قسم أول . هذا ولما كان المبدأ قد انحسم في صورة إنشاء قضاء إداري مستقل لمجلس الدولة — فإنه ينبغي تحديد آثار ذلك المبدأ في العلاقات المتبادلة بين القضاء الإداري والإدارة العاملة في قسم ثان .

القسم الأول

تطور المبدأ في فرنسا وارتداده في مصر

الباب الأول

تطور المبدأ في فرنسا

كان القرنان السابع عشر والثامن عشر ، وحتى قيام الثورة الفرنسية ، مسرحاً شهدت فيه فرنسا صراعات دارت بين الهيئات الإدارية والهيئات القضائية ، بدأتها هذه الأخيرة بالعلوان ، وحسمتها الأولى بعزل الهيئات القضائية عن الفصل في المنازعات التي تختصم فيها الإدارة ، وهي المنازعات الإدارية . وكانت هذه نهاية مرحلة ، وبداية لمرحلة جديدة ، استأثرت فيها الهيئات الإدارية بالقضاء في تلك المنازعات . وكان في جمعها بين الوظيفتين الإدارية والقضائية من المثلث والمساوىء ما جعلها تتقلب فيه كل منقلب إلى أن انتهى التطور في مرحلة ثالثة بإنشاء قضاء إداري مستقل عن الإدارة العاملة من ناحية وعن المحاكم القضائية من ناحية أخرى .

تلك مراحل ثلاث تمثل التطور الموضوعي لمبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية نعرضها في فصول ثلاثة .

الفصل الأول

ظهور المبدأ في النظام الفرنسي القديم قبل الثورة الفرنسية

ليست الرجعى وراء هذه الدراسة إلى ما قبل الثورة الفرنسية في سنة ١٧٨٩ بل وإلى ما قبل القرن الرابع عشر ، مجرد عرض نظري وتاريخي لحقبة من الزمان الغابر لم تعد تربطنا بنظامها من صلة ، وهو في ذاته لا يخلو من قيمة ، وإنما هي ضرورة يقتضها البحث لتتضح ذلك المبدأ ، وتنبه في ميلاده البعيد ، للتعرف عليه في أطواره الأولى ، وفي الظروف التي نشأ فيها .

وإذا كان النظام الملكي في ذلك العهد يقوم على وحدة السلطة المطلقة ، في وقت لم يكن فيه مبدأ الفصل بين السلطات قد ظهر أو شق له طريقاً في نظم الحكم ، فإن تسرب مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية إلى الظهور حينئذ في ذلك العهد من الحكم المطلق ، يساعد على استخلاص حقيقتين ، الأولى أنه وقد ظهر وأخذ ينمو في ظل حكم مطلق ، لا يكون إلا سنداً لهذا الحكم المطلق . والثانية أنه وقد ظهر قبل ظهور مبدأ الفصل بين السلطات ، لا يكون له من صلة بهذا المبدأ الذي ظهر لمحاربة الحكم المطلق .

البحث الأول

وحدة السلطة واختلاط الوظائف وعدم الفصل بين الهيئات

وحدة السلطة :

كان النظام القديم l'ancien régime يقوم أساساً على أن الملك يمسك بكل السلطة مركزة في يديه ، وكان التصور أن فكرة السلطة وحدة لا تنقسم ولا تفصل إلى مجموعة مختلفة من السلطات ، ولهذا لم يكن ممكناً في ذلك الوقت ، التحدث عن سلطات — بصيغة الجمع — مجمعة في يد الملك

بل عن سلطة واحدة ، يفوض في بعض اختصاصاتها ، ويحتفظ بالأخرى ، ويظل نظرياً هو المشرع الوحيد ، والقاضي الأعلى ، وحاكم المملكة .

وأما عن سلطته في التشريع ، فكانت إرادة الملك هي مصدر القانون الوضعي ، وهي إرادة حرة يمارسها بإطلاق . ولم تكن لأية قاعدة قيمة تعلو على تلك التي تصدر عن إرادته ، فيما عدا القوانين التي كانت تسمى بالقوانين الأساسية *lois fondamentales* (١) ، والتي كانت تحدد واجبات الملك نحو الكنيسة والمملكة والرعيا . ففما يتعلق بالكنيسة ، كان الملك يلتزم بحماية منشآتها والدفاع عن مبادئ الديانة الرومانية . وأما عن المملكة باعتبارها إقطاعاً من الأرض ، فكان على الملك واجب الدفاع عنها ضد أى اعتداء خارجي أو داخلي . كذلك كان على الملك واجب نحو الرعايا يتمثل في التزامه بإقامة العدالة بينهم :

وأما عن سلطته في الإدارة وتنفيذ القوانين ، فلم يكن الملك ليخضع للقوانين التي يصدرها ، أو التي أصلها أسلافه من قبل ، دون ما حاجة إلى إلغائها . وكانت سلطته في الحكم مطلقة وغير محدودة . وأما قراراته التي يصدرها في تنفيذ القوانين الأساسية ، فقد كانت تخضع لنوع من من الرقابة ، يمارسها الملك بنفسه في ضوء الفتاوى التي يعرضها عليه مجلس الملك . وبذلك كان وحده قاضي المشروعية والملاءمة لتلك القرارات (٢) .

وأما عن القضاء فكان الملك مصدر العدالة ، وهو بوصفه القاضي الأعلى *souverain juge* يوزع الاختصاصات بين مختلف المحاكم في المملكة ، مع احتفاظه بالحق في سحب أية منازعة من المحكمة المختصة بنظرها

(١) لم تكن تدبر هذه القوانين من قوانين الملك *lois du roi* بل من قوانين الدولة *lois de l'Etat* ومن هنا كان مصدر قوتها الملزمة الملك

Goyard. La compétence des tribunaux judiciaires en
matiere. administrative 1962 p.36 et Vedel op. cit. p. 63

Goyard op. cit. p. 35

(٢)

للفصل فيها بنفسه أو بمعرفة قضاة يختارهم ، كلما رأى في ذلك تحقيقاً
لأمن الدولة أو لحسن العدالة في مملكته . كما كان له الحق في أن يعفى بعض
الأشخاص من الخضوع للقواعد العامة في الإختصاص ، وأن يوقف الأحكام
المعمية بمخالفة الإجراءات الجوهرية أو قواعد الإختصاص ، كما كان
يملك التدخل في ممارسة القضاء بقرارات عفو تصدر منه . كل هذه
الإميازات تتصل بفكرة القضاء المحجوز justice retenue التي كان يمارسها
الملك ولم يكن يرد عليها من قيود اللهم إلا ما يضعه عليها بإرادته .

وعندما توقف الملك عن رئاسة مجلسه في القرن الثالث عشر ، فوض
الإختصاص القضائي إلى القسم القضائي لذلك المجلس . (١) وهو تفويض
لا يحمل التنازل ، وانشئت محاكم البرلمان Cours de Parlement بوصفها
ممثلة الملك في وظائفه القضائية representant du rois dans ses fonctions
de justicier وتأكد اختصاصها العام ، وأصبح لكل محكمة برلمان اختصاص عام
— من حيث المبدأ — في الحكم استثنائياً في حدود نصابها في كل منازعه مدنية
كانت أو جنائية أو إدارية لم تسند بصفة خاصة وإرادة الملك إلى جهة
قضائية أخرى (٢) .

محاكم متخصصة في بعض المسائل الإدارية :

وكان يقوم في ذلك النظام القديم قبل الثورة الفرنسية هيئات قضائية خاصة
تتولى الفصل في بعض المسائل الإدارية . فقد انشئت منذ سنة ١٣٠٩ غرف
المحاسبات chambres des comptes للفصل كمحاكمة المحاسبات الحالية Cour
des comptes في حسابات الأمناء العامين comptes des comptables publics
كما انشئت في سنة ١٤١٣ محاكم المساعدات Cours des aides للفصل في دعاوى

(١) كان مجلس دولة الملك Conseil d'Etat du Roi يمثل الجهة الإدارية العليا للدولة.
وفي داخل هذا المجلس كانت تقوم مجالس الحكومة conseils de gouvernement ومجالس
الإدارة والقضاء Conseils d'administration et de justice وتشمل الوظيفة الرئيسية لهذه
المجالس الأخيرة توجيه الأعمال الإدارية والحكم في المنازعات Goyard op. cit. p. 55

(٢) Goyard op. cit p. 42

الممولين ضد قرارات الربط غير المباشرة impositions indirectes كما أنشئت في سنة ١٥٥١ محاكم للنقود Cour de monnaies للفصل في القضايا المتعلقة بسك النقود وتجارة الذهب والفضة (١) ، وكان يستأنف أمامها بعض الأحكام الصادرة من محاكم أدنى منها درجة : هذا بخلاف محاكم أخرى تختلف في اختصاصاتها وتقل في أهميتها ،

غير أن قيام محاكم متخصصة بالفصل في بعض المسائل الإدارية ، بجوار المحاكم العادية الأخرى المختصة بالفصل في المسائل المدنية والجنائية ، لم يكن يؤدى - كما اعتقد البعض - إلى قيام قضاء إدارى منفصل ومستقل عن القضاء العادى ، وبالتالي إلى قيام مانسميه اليوم بالنظام القضائى المزيج (٢) بل كان كلا النوعين من المحاكم ينتميان إلى نظام قضائى واحد : فقد كانت

(١) كان السك في ذلك الوقت لانتزاع الدولة بل كانت تمهد به إلى مقاول يسمى formier ومن ثم كانت تتور المنازعات بين الدولة وبين الملتزم بالسك حول تنفيذ عقد السك .

(٢) يتحقق الازدواج في النظام القضائى في الدولة إذا قام بها فرعان أو نظامان قضائيان متوازيان ومنفصلان يستقل كل منهما بمحاكمه من أدنى الدرجات إلى أملاها دون تسمية أو اشراف من أحدهما على الآخر ، كما هو الحال في فرنسا إذ يوجد بها قضاء إدارى مستقل بمحاكمه ويملؤها مجلس الدولة وقضاء عادى - مدنى وتجارى وجنائى - بمحاكمه المختلفة وتملؤها محكمة النقض . والأمر كذلك في مصر إذ يوجد بها قضاء إدارى تقف المحكمة الإدارية العليا في قمة محاكمه وقضاء عادى تقف محكمة النقض في قمة محاكمه . وحادة يقرن قيام الازدواج في النظام القضائى بإنشاء محكمة تنازع الاختصاص لتفصل في حالات التنازع في الاختصاص التى تنور بين فرعى القضاء المختلفين . ففي فرنسا أنشئت محكمة عليا للتنازع أما في مصر فإن محكمة النقض كانت تتول الفصل في حالات التنازع وأصبحت تتولاه الآن المحكمة الدستورية العليا طبقا لقانون انشاؤها رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩

وحل عكس النظام القضائى الازدواج يكون النظام القضائى الموحد . إذ يكون القضاء موحدا كليا قامت في قمة النظام القضائى الدولة محكمة عليا واحدة تنبهما وتخضع لها بقاى محاكم الدولة على اختلاف درجاتها وتخصصاتها وبحيث يكون لهذه المحكمة العليا توحيد اتجاهات المحكم والقضاء في الدولة . ومن الطبيعى أنه في ظل النظام القضائى الموحد لانتزاع ثمة ضرورات لإنشاء محكمة للتنازع في الاختصاص (يراجع في ذلك د . محسن خليل . القضاء الإدارى ورقابته لأعمال الإدارة . طبعة ثانية ص ٨٠ وما بعدها ود . محمد كامل ليله . الرقابة على أعمال الإدارة ص ٢٠٠ وما بعدها) .

الأحكام الصادرة من محاكم المسائل الإدارية تستأنف أمام المحاكم الاستئنافية العليا ، والتي كانت تسمى بالبرلمانات ، شأنها في ذلك شأن الأحكام الصادرة من المحاكم القضائية الأخرى والتي كانت تستأنف بدورها أمام محاكم البرلمانات . وبذلك ينهار الأساس في القول بقيام قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي ، طالما كانت أحكامها جميعها تستأنف أمام محكمة عليا واحدة ، تستطيع توحيد اتجاه الأحكام بينها ، وتوحيد القواعد الواجبة التطبيق فيها . كما كان يطعن فيها أمام مجلس الملك . Conseil du Roi . وهو طعن بمائل الطعن بالنقض دون تفرقة بين أحكام المحاكم المدنية ، أو تلك التي تفصل في المسائل الإدارية ، وهو إجراء يؤدي بطبيعته إلى وحدة النظام القضائي .

يضاف إلى ذلك أن المبدأ الأساسي في التنظيم القضائي لم يكن يتفق وفكرة الإزدواج في النظام القضائي . فقد كان المبدأ هو أن «العدالة مصدرها الملك» *toute justice émanait du Roi* ، فالملك هو القاضي الأعلى ، يملك وحده سلطة القضاء ، وما كانت المحاكم في ممارستها للوظيفة القضائية إلا ممثلة له ومفوضة من قبله . ومن ثم كانت وحدة القضاء نتيجة تبدو حتمية لوحدة مصدرها الذي تستمد منه وهو الملك .

وبذلك كله كان النظام القضائي للمحاكم يعتبر في أسامه وفي وسيلة ممارسته نظاماً موحداً ، رغم مظاهر التخصيص التي اصططبت بها بعض المحاكم الإدارية ، كما كان هذا القضاء يمارس استناداً إلى فكرة القضاء المحجوز للملك .

رجال الملك يمارسون القضاء في المنازعات الإدارية :

وفضلاً عن المحاكم التي كانت تختص بالفصل في بعض المنازعات الإدارية ، كان كبار الموظفين من رجال الملك ، وهم المراقبون المنفذون للسلطة الملكية ، يجمعون بين وظائفهم الإدارية البحتة وبين اختصاصات قضائية ، وكان يطلق عليهم اسم *les Intendants de police, justice, finances* وهو اسم يعبر بذاته

عما كانوا يملكونه من اختصاصات في الضبط والقضاء والمالية (١) وكانوا يتلقون من الملك اختصاصات قضائية حقه (٢) في الحكم في الدعاوى الناشئة عن مباشرتهم أو مرعوسهم لوظائفهم الإدارية ، بل وكانوا يمنحون اختصاصاً في بعض المسائل المدنية والجنائية . وكانت الأحكام الصادرة من هؤلاء المراقبين تقبل الطعن عليها أمام مجلس الملك (٣) .

ورغم أن نظام المراقبين ونظام مجلس الملك يشكلان من الناحية القانونية نظامين متغايرين ، إلا أنهما من الناحية السياسية كانا يشكلان في الواقع جهازاً واحداً متخصصاً في مباشرة نصيب من قضاء النشاط الإداري (٤) .

وهكذا فإنه في ظل وحدة السلطة التي تميز بها النظام الملكي ، واستناداً إلى فكرة القضاء المحجوز للملك ، وزعت الاختصاصات القضائية في المنازعات الإدارية ، بين محاكم تقف على رأسها محاكم البرلمانات التي يقبل الطعن في أحكامها أمام مجلس الملك ، وبين المراقبين من رجال الإدارة

(١) يرى البعض أن منح هؤلاء الرجال الإداريين اختصاصاً قضائياً في بعض المسائل الإدارية يعتبر المصدر الحقيقي لقضاء الإداري في فرنسا

Waline. Droit Administratif 9ed p. 21 et suiv.

(٢) كانت وظائف هؤلاء المراقبين وسيلة من وسائل ملوك فرنسا ووزرائهم لتكيز السلطتين الإدارية والقضائية فكان هؤلاء المراقبون يمثلون التاج في الأقاليم المختلفة وينتزمون بالتبعية لحسابه السلطة في شئون القضاء والإدارة والمال (د . عثمان خليل . جهود القانون الإداري في فرنسا . مجلس الدولة العدد الأول ص ١٨٠) . كذلك يقول إن ريشليو وزير لويس الثالث عشر ابتدع نظام هؤلاء المراقبين يستلهم الملك من بين أعضاء مجلس التاج تفويضاً بالأقاليم ولاشرفاً على شئون القضاء والضبط والمالية وكانت هذه الوظائف خطوة جديدة في سبيل تركيز فرنسا وتحقيق وحدتها في عهد كان فيه النظام الإقطاعي سائداً . وللك عدت الملكية إلى توسيع اختصاصات هؤلاء المراقبين حتى أصبحوا موظفين مركزيين عظمى الشأن بالأقاليم وحتى تكونت لهم سلطة قضائية في الشئون الإدارية بل واتسعت دائرة هذا الاختصاص القضائي إلى حد كبير جداً (مؤلفه في مجلس الدولة ورقابة القضاء الإداري لأعمال الإدارة الطيبة الخامسة ص ١٢) .

Bonnard. Précis de droit administratif 1935 p. 110 (٣)

Goyard op. cit p. 51 et suiv. (٤)

الذين يطعن في أحكامهم هي الأخرى أمام مجلس الملك ، وبذلك أصبح الاختصاص بالفصل في المنازعات الإدارية مشتركاً بين المحاكم والمراقبين مما أدى إلى الخلط بين الوظائف الإدارية والقضائية ، وعدم الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية ، إذ تداخلت هذه الهيئات وتشابكت في بعض وظائفها ، حتى أن الهيئة الإدارية - ممثلة في المراقبين - كانت تمارس وظيفة القضاء ، كما كانت المحاكم تقضى في منازعات الإدارة بل وتتصدى للعمل الإدارى على ما سوف نرى ، وبذلك انعدم كل مظهر للفصل بين الوظائف أو الهيئات الإدارية والقضائية .

غير أنه مع تطور العلاقات السياسية بين محاكم البرلمانات والسلطة الملكية ، وانحدارها نحو السوء في القرن ١٧ ، ثم تدهورها في القرن ١٨ ، بدأ تسخير فكرة القضاء المحجوز وإعمالها نحو تنحية الهيئات القضائية تدريجياً عن نظر المنازعات الإدارية . وبهذا ظهر مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية في أول أشكاله ومفاهيمه .

المبحث الثاني

إعمال الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية

التنازع في الاختصاص والصراع بين محاكم البرلمانات والسلطة الملكية :

لم تكن محاكم البرلمانات لتنتظر بعين الرضى إلى إنشاء وتعدد المحاكم المتخصصة في المسائل الإدارية ، وإلى منح المراقبين اختصاصات قضائية ، وكان قضاء محاكم البرلمانات تفقدون باسناد هذه الاختصاصات إلى هؤلاء وأولئك قضاء ضيقاً يؤثر في دخولهم الوظيفية التي كانت تتحدد على أساس عدد وأهمية المنازعات التي يفصلون فيها دون أن تأخذ شكل المرتب الثابت . ولهذا كانت كل حالة يسند فيها الملك إلى المراقبين اختصاصاً قضائياً جديداً ، تنعكس آثار سيئة على الدخول الوظيفية لقضاة محاكم البرلمانات .

كذلك كان من شأن الاشتراك في الاختصاصات أن يقوم التنازع حولها . ولهذا قام التنازع بين محاكم البرلمانات وبين المراقبين حول مسائل

الأشخاص ولا سيما أن النصوص التي كانت تحددها لم تكن واضحة دائماً مما كان يثير الجدل والاضطراب والتناقض بين الأحكام في المسألة الواحدة ، وكان الملك دفاعاً عن الأحكام الصادرة من رجاله ، يحيل الدعوى إلى مجلسه مما يزيد في حقن محاكم البرلمان ،

وبدأت مقاومة محاكم البرلمان ضد السلطة الملكية تنشب في كل مجال ، فبالنسبة للسلطة التشريعية للملك ، أدخلت تلك المحاكم ترفض أحياناً لإجراءات التسجيل enregistrement وهي بمثابة قيد القوانين والأوامر الملكية في سجل كل محكمة برلمان ، وهو قيد لم يكن له من أثر من حيث المبدأ في وقت لم تكن تصدر فيه أية جريدة رسمية ، إلا أن يكون وسيلة لنشر القوانين والقرارات الملكية، وكانت محاكم البرلمان تدعى لنفسها حقاً في نصيح الملك ، ورفض القيد كلما رأت في الأمر ما لا يروق لها ، وكان الملك يكسر هذه المقاومة بإجراء مضاد ، فيتم القيد . ومع ذلك فلم تكن المشكلة قانونية بقدر ما كانت في أساسها سياسية .

ولم تكن محاكم البرلمان أقل عدواناً في مجالات الإدارة والنشاط الإداري ، إذ لم تقف عند وظيفتها في الفصل في المنازعات الناشئة عن النشاط الإداري ، وإنما ادعت لنفسها حقاً في ممارسة سلطة توجيه المراقبين ، وإصدار الأوامر إليهم ، ووقفت تنفيذ الأعمال الإدارية . وبذلك ظهرت هذه المحاكم وكأنها تعطى الأوامر لرجال الملك . وبلغت مقاومة تلك المحاكم ذروتها ، عندما حاول كبار وزراء الملك لويس الخامس عشر تحقيق إصلاحات كانت كل فرنسا تستشعر ضرورتها ، فقد نجحت مدفوعة بنزعات الدفاع عن ميزاتنا ، وتمت ستار من التظاهر بعبارات الحرية ، في منع تلك الإصلاحات (١) .

وهكذا أصبحت تلك المحاكم في السنوات العشر الأخيرة من الملكية جمعيات سياسية ، تعمل على فرض رقابتها على السلطة الحاكمة ، بممارسة

أعمال التوجيه وإصدار الأوامر ، كما تعمل على عرقلة نشاط السلطة الحاكمة برفض الإصلاحات المقدمة منها . وهكذا اصطبت مشكلة الرقابة القضائية بصيغة سياسية (١).

تدابير السلطة الحاكمة في الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية :

ولم تكن السلطة الحاكمة لتقف مكتوفة أمام طغيان محاكم البرلمان وتغولها بالإختصاصات ، إذ بدأت تباشر سلطتها على كل الجهات المكلفة بالقضاء ، لتحجب عنها أى اختصاص فى رقابة القرارات الملكية. وأخذ مجلس الملك ينقض أحكام المحاكم لضمان استقلال الإدارات العامة إزاء الجهات القضائية وحتى يحول دون اختصاص التاج " qu'on ne mette la couronne en greff " وتوالت قرارات الملك إعمالا لسلطته فى القضاء المحجوز ، تنزع من المحاكم اختصاص النظر فى الدعاوى التى تمس مصالح الدولة ليسندها بصفة خاصة إلى المراقبين ، وأصبحت محاكم البرلمان معزولة عن نظر الدعاوى التى تخصم فيها القرارات الإدارية . وكانت العبرة فى تحديد هذه القرارات بالقرض الذى استهدفه مصدرها ، فكلما استهدف مصلحة للدولة ، اعتبر قراره إدارياً ينبغى إبعاد المنازعة فيه من اختصاص محاكم البرلمان ، رعاية لمصلحة الدولة .

وقد أعلنت هذه المبادئ فى مرسوم فبراير سنة ١٦٤١ الذى نص على ضرورة تحديد سلطات الهيئات القضائية ، وفصلها عن النشاط الإدارى ، وحتى لا يتعرض أى عمل اتخذ لخير الشعب لأحداث آثار عكسية ، وهو ما يحدث لو أن القضاة بدلا من أن يقفوا بسلطتهم كقضاة فى حياة الناس وأموال الرعايا ، عملوا إلى التعمى على حكومة الدولة التى لا تتبع الا الملك (٢) . وكانت هذه هى القاعدة الأساسية التى كان

(١) Vedel op. cit. p. 63 et goyard op cit p. 58

(٢) La nécessité de delimitier les pouvoirs de l'autorité judiciaire et de la separer de l'action administrative, afin qu'une chose qui est etablie pour le bien des peuples ne produise des effets contraires comme il arrivera si les officiers au lieu de se contenter de cette puissance qui les rend Juges de la vie de l'homme et des fortunes de nos sujets volaient entreprendre sur le gouvernement de l'Etat qui n'appartient qu'au Prince"

يستند إليها مجلس الملك في الفصل في حالات التنازع في الاختصاص التي كانت تثور بين البرلمانات والمراقبين .

ولم يقف الأمر في الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية عند حد منع هذه الأخيرة من النظر في المنازعات المتعلقة بالنشاط الإداري ، بل امتد المنع كذلك إلى تفسير القرارات الصادرة من رجال الإدارة أو السلطة الملكية ولو كان ذلك بقصد تطبيقها في المنازعات المطروحة أمامها والتي تدخل في اختصاصها ، وصدر بهذا الحظر قرار في سنة ١٦٦٧ مكملاً لمرسوم ١٦٤١

وهكذا شهدت الملكية في أواخر عهدها في النظام القديم قبل الثورة ، تحولاً عزلت فيه المحاكم العليا للقانون العام عن نظر المنازعات الإدارية ، لتصبح الهيئات الإدارية هي قاضية هذه المنازعات المتعلقة بنشاطها ، وصار للمراقبين امتياز هذا القضاء (١) .

طبيعة الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية :

ولم يكن الفصل الذي تم على النحو وفي الحدود المتقدمة بين الهيئات الإدارية والقضائية تطبيقاً لأي مبدأ من مبادئ الحكم أو القضاء .

فقد تم هذا الفصل استقلاً عن مبدأ الفصل بين السلطات *Separation des pouvoirs* الذي لم يكن قد عرف بعد في ذلك العهد في فرنسا .

كما تم استقلاً عن مبدأ الفصل بين الوظائف الإدارية والقضائية ، بل وعلى العكس تم مناقضاً لذلك المبدأ ، ما دام المديرون قد خولوا وظائف قضائية بالإضافة إلى وظائفهم الإدارية ، فجمعوا بذلك بين الوظيفتين ،

(١) ويرى أليوتون أن الملكية كانت تعمل منذ عدة قرون على تقليد مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية . وكانت الإنشابات المتتامة لفرع المحاسبات والمساعدات ومكاتب المالية والاختصاصات القضائية الممنوحة لمجلس الملك وتطوير قضاء المراقبين كل ذلك يسجل الخطوات الرئيسية في ذلك الصراع الكبير

Appleton Traité élémentaire de contentieux administratif 1927 p. 19

ولهذا كانت قاعدة الفصل المذكورة بعيدة عن أن تستند في أساسها إلى أية أصول قانونية ، مجرد قاعدة عملية ، أوجت بها اعتبارات العلاقات المتصارعة التي كانت قائمة بين الهيئات الإدارية والقضائية ، والتي طبعت مشكلة الرقابة القضائية على النشاط الإداري ، وهي مشكلة قانونية ، بطابع سياسي ، وبدأ في ضوءها أن إيقاع الفصل بين هذه الهيئات المتصارعة علاج للمشكلة ، فتنفصل الهيئات الإدارية بقضاء نشاطها الإداري ، بعيداً عن تسلط أو تدخل الهيئات القضائية .

وإذا كانت قاعدة الفصل قد حسنت ذلك الصراع بين الهيئات الإدارية والقضائية لصالح الهيئات الإدارية ، فإنها أغفلت مصلحة طرف آخر في هذا الصراع ، أو ضحية هذا الصراع ، وهو الفرد المدعى دائماً في كل خصومه إدارية ، فقد أدت قاعدة الفصل المذكورة إلى حرمانه من قاضيه الطبيعي - المحاكم - وإلقائه ودعواه بين يدي رجال الإدارة خصومه ، ليكونوا حماة وقضاة .

ومع ذلك فقد تمخضت قاعدة الفصل عن نتيجة بالغة الأهمية نكتفي بالإشارة إليها قبل الانتقال من الحديث عن عهد ما قبل الثورة الفرنسية . فقد كان من شأن الفصل بين الهيئات المذكورة أن اتفهم القضاء - كوظيفة - إلى قسمين كبيرين ، لكل منهما جهة تختص بممارسته: قضاء المنازعات الخاصة والجنائية ويتولاها المحاكم ، والقضاء الإداري بمعناه الواسع الذي يضم كل منازعات النشاط الإداري ويتولاها المراقبون . ولعل هذا التقسيم كان المصدر الحقيقي والبعيد لقيام قضاء إداري مستقل في فرنسا (١) .

الفصل الثاني

إقرار المبدأ بعد الثورة الفرنسية

كأسلوب للفصل بين القضاء الإداري والمحاكم القضائية

للبحث الأول

تطبيق المبدأ كوسيلة لحماية الإدارة العاملة

القرار قاعدة الفصل بين الهيئات :

ورغم أن الثورة الفرنسية - حين قامت - قوضت بمبادئها الجديدة كل نظم الملكية السابقة السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، في محاولة نهضة شاملة بالبلاد ، فإنها على العكس لم تجد ما يحلها إلى تفويض قاعدة الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية . فقد كان الشعور العام السياسي معبأ بعدل الارتياح إزاء الجهات القضائية ، وكانت لا تزال عالقة في الأذهان ذكرى محاكم البرلمان في صراخها مع السلطة ، وافتئاتها على الإدارة ، ومقاومتها تحت شعارات زائفة من الحرية والتقدم لكل إصلاحات حيوية في البلاد . وكان رجال الثورة يتنازعهم الخوف والشك في أن تعيد المحاكم سيرتها الأولى تلك ، فتعاود الصراع مع الهيئات الإدارية ، وافزع الأعمال الإدارية بما من شأنه أن يعرض للخطر الأعمال الجديدة التي تتولاها الثورة . ولم يكن رجال الثورة ليتصورون أن تتعر الثورة بتدخل هؤلاء القضاة *hommes de robes* .

كل هذه المخاوف ، حشت أعضاء الجمعية الوطنية التأسيسية على إتمام العمل الذي بدأته الملكية السابقة في عزل البرلمان عن قضاء النشاط الإداري ، وساعدها على ذلك أن تلك المحاكم كانت موضع كراهية الشعب ، فقد كانت من مخلفات النظام الإقطاعي البغيض وبقيّة لامتيازات الامراء

على حساب الشعب^(١) فكان من أول القرارات التي اتخذتها الجمعية هو إلغاء تلك البرلمانات . وفي الوقت ذاته فإنه لتجنب قيام تصادم بين المحاكم التي حلت محلها في التنظيم القضائي الجديد وبين الإدارة العاملة — وهو صدام كان ينظر إليه باعتباره ضد المصلحة العامة — فقد قضى قانون التنظيم القضائي الصادر في ١٦ — ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ في المادة ١٣ من الباب الثاني بأن الوظائف القضائية مستقلة وتستمر منفصلة عن الوظائف الإدارية وبلغ القانون في تأكيد هذا الفصل حداً اعتبر فيه تعرض القضاة بأية صورة كانت لأعمال الجهات الإدارية ، جريمة معاقباً عليها (٢) . وقد أخذت قاعدة الفصل هذه بين الهيئات الإدارية والقضائية طابعاً جديداً في هذا الوقت إذ بدت بعد ظهور مبدأ الفصل بين السلطات الذي كان يمثل فلسفة الحكم الجديدة التي نادى بها مونتسكيو في كتابه «روح القوانين» ، بدت وكأنها تطبق لهذا المبدأ الذي كان من تصوراتهِ حصر الوظيفة القضائية في نطاق الفصل في المنازعات بين الأفراد وإقامة العدالة الجنائية .

وهكذا فإنه بإقرار قاعدة الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية أصابت الجمعية التأسيسية هدفين محجورين واحداً . فقد حققت هدفها في الحلولة دون العودة إلى التعسف الذي ظهر في نهاية الملكية السابقة على يد محاكم البرلمانات ، وفي الوقت ذاته أخذت بالفلسفة الجديدة لنظام الحكم القائم على الفصل بين السلطات .

ثم تجدد النص على حظر تدخل القضاء في أعمال الإدارة في التشريعات المتتالية . فقد نص في قانون ٧ — ١٤ أكتوبر سنة ١٧٩٠ على أنه «لا يجوز

(١) د . صئان خليل . مقاله السابق ص ١٨١

Bounard op cit p. 111

Les fonctions judiciaires sont et demeureront toujours séparés (٢) de fonctions administratives, les juges ne pourront à peine de forfaiture troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions”.

لحالة أى رجل من رجال الادارة إلى المحاكم بسبب وظيفته العامة ، إلا إذا أُحيل بمعرفة السلطة العليا ووفقاً للقانون» (١) ثم في مرسوم السنة الثالثة نص على أن «يخطر مشدداً على المحاكم النظر في القرارات الإدارية في أية دعوى كانت» (٢) ثم في دستور سنة ١٧٩٠ نص على انه «لا يجوز للمحاكم التصدى للوظائف الإدارية ، أو استدعاء رجال الادارة أمامهم بسبب وظائفهم» (٣) .

وكانت هذه التشريعات موجهة في حقيقتها ضد القضاء ، مصطبغة بروح العداء السياسى التى قامت حوله . وهذا يفسر أن هذه المعادة التى ارتبطت بظروفها ، قد اختفت بعد عدة سنوات اندثرت خلالها ذكرى البرلمانات السابقة ، وعاد المشرع الذى أعلن قاعدة الفصل بين الهيئات حرباً على القضاء ، يعترف لهذا القضاء بصفته كحام لحقوق الانسان والمواطن (٤) .

مفهوم وآثار قاعدة الفصل بين السلطات :

إذا كان أول قانون صلبر غداة الثورة مقررأ قاعدة الفصل المذكورة قد استخدم عبارات «الوظائف الإدارية والوظائف القضائية» ، وتبعته في ذلك التشريعات التالية التى

(١) Aucun administrateur ne peut être traduit devant les tribunaux (٢) pour raison de ses fonctions publiques à moins qu'il n'y ai été renvoyé par l'autorité supérieure conformément aux lois.

Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des (٣) actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient aux peines de droit

Les tribunaux ne peuvent entreprendre sur les fonctions adminis (٤) tratives ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions

Duez et Debeyre. Traité de droit adminstratif 1952 p. 235, Lau- (٤) badère. Traité élémentaire de droit adminstratif 1970 p. 344, Waline op. cit. p. 25, Goyard op. cit p. 78

أخلت بدورها تتكلم عن «الحاكم» وعن «الوظائف الإدارية» على النحو السابق بيانه. إلا أنه من غير المتنازع فيه أن تلك العبارات كانت تنصرف إلى الهيئات الادارية والقضائية ، وأن تلك النصوص كانت تؤكد قاعدة الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية التي عرفت في النظام الملكي السابق (١).

ومع أن ظاهر القاعدة يطوى مفهوماً مزدوجاً من حيث الفصل المتبادل بين الهيئات الإدارية والقضائية ، بمعنى أنه كما لا يجوز للقضاء التدخل في أعمال الإدارة ، فانه لا يجوز كذلك للإدارة التدخل في أعمال القضاء ، إلا أنه نظراً لأن تلك القاعدة كانت في أساسها قيداً قصده تكبيل المحاكم ، فإن مفهوم القاعدة بآثارها ارتبط بالوجه الأول منها المتعلق بالخطر الموجه إلى القضاء ، بأكثر مما ارتبط بالوجه الآخر ، ونالت الإدارة من الحماية ضد القضاء ، بأكثر مما نال القضاء من الحماية ضد الإدارة (٢) .

وتطبيقاً لتلك القاعدة كان يمتنع على المحاكم التدخل في الوظائف الإدارية أو ممارسة أعمالها كإصدار اللوائح ، أو إعطاء أوامر إلى الموظفين الاداريين أو إداة الإدارة في شيء ، لأن هذه الادانة تنطوي ضرورة على أمرها بشيء . ومن ناحية أخرى كان محظوراً على المحاكم تقدير مشروعية القرارات الإدارية ، أو تقدير السلوك الإداري في أية دعوى تكون مطروحة أمامها ، لأن هذا التقدير وذلك يعتبر تعرضاً لأعمال الجهات الادارية (٣) ،

Goyard op. cit p. 78,

(١)

(٢) وفي ذلك يقول هريو أن الاهتمام كان واضحاً لا نحو إقامة توزيع متكافئ بين الهيئتين ولكن نحو حماية الساطة التنفيذية. ومن ناحية أخرى فقد وضعت في الظل حقوق الهيئة القضائية.

Hauriou op. cit-p. 945

(٣) يقول هريو أن الخطر الأول - الخاص بمنع تدخل القضاء في الوظائف الإدارية - أدى إلى الفصل بين الوظائف الإدارية والقضائية . وهو قول محل نظر لأنه إذا كان صحيحاً في جانب القضاء فإنه ليس صحيحاً في جانب الإدارة التي تبطئها وظيفة قضاء النشاط الإداري فجمعت بذلك بين الوظيفتين . كذلك يقول الققيه أن الخطر الثاني - الخاص بمنع القضاء من التدخل في دعوى نشاط الإداري - أدى إلى فصل القضاء الإداري عن القضاء المادي وكان من أثره إنشاء قضاء اداري مستقل تماماً عن القضاء المادي .

Hauriou. Précis de droit administratif 11ed p. 945.

كذلك لا يسأل الموظفون الإداريون عن أعمالهم أمام المحاكم ما لم تسمح الهيئات الإدارية التي يتبعونها بمحاكمتهم وفقاً للقانون .

وبالحياة والحياة الذي أظهره قضاء ذلك العصر، اتسعت فكرة القرار الإداري مستندة إلى المعيار الشكلي ، حتى شملت كل الأعمال التي تنفذ بأمر من الحكومة ، أو أحد رجالها المباشرين ، أو بأموال مستمدة من الخزنة العامة . كما اتسعت فكرة الحظر المفروض على المحاكم ، فلم تقف عند حد تقدير مشروعية تلك القرارات ، بل امتدت كذلك إلى تفسيرها ولو كان هذا التفسير لازماً للفصل في أية خصومة بين الأفراد ، إذ كان يتعين في هذه الحالة الإحالة إلى الجهة الإدارية ، ويكون تفسيرها عندئذ ملزماً (١) .

كذلك شمل الحظر دعاوى العقود التي تبرمها الإدارة ، والتعويضات التي تترتب بسبب إدارتها للمرافق العامة . وكان الأمر في هذا الشأن يبدو متطرفاً ، لأن سلطة رجال الإدارة — وهي مدار الحماية — لا تكون محلاً للخصومة إلا في حالة إصدار أوامر أو نواه . ولا تكون كذلك في حالة التصرفات التعاقدية أو القيام بالأعمال المادية كالتى تصدر من الأفراد في إدارة أعمالهم الخاصة (٢) .

وعلى هذا النحو حققت قاعدة الفصل تقييداً في وظيفة الهيئة القضائية ، وحصرها وفقاً لنظرية مونتسكيو في وظيفة الفصل في «الجرائم والمنازعات بين الأفراد» . وكانت وسيلة لحماية استقلال النشاط الإداري إزاء الهيئات القضائية ، وبالأحرى كانت قاعدة الفصل هي قاعدة استقلال الهيئات الإدارية إزاء الهيئات القضائية (٣) .

(١) Duez et Debyre op cit p. 236, Waline op cit p. 26

(٢) Berthelémy. Traité de droit administratif 6 ed 1910 p. 18

(٣) Goyard op cit p. 47.

على أن هذا الاستقلال لا ينبغي أن يحجب حقيقة المعنى السياسي الذي يستفاد من إثارة الهيئة الإدارية - نتيجة لذلك المبدأ - بجزء من سلطة القضاء - في المنازعات الخاصة بها - مثلما استأثرت بالسلطة اللائحية بجزء من سلطة التشريع (١) .

قاعدة الفصل بين السلطات وقاعدة الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية :

ذهب البعض إلى أن إقرار الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية من جانب رجال الثورة الفرنسية ، لم يكن إلا تفسيراً وتعبيراً عن مبدأ الفصل بين السلطات *separation des pouvoirs* (٢) ، وأن القضاء في المنازعات الإدارية عمل من أعمال الإدارة ، فن يقضى فلتما يدبر كذلك *que juger c'est encore administrer* ، وأن الحكم الصادر من القاضي كالقرار الصادر من رجل الإدارة ، كلاهما ليس إلا تطبيقاً للقانون في حالة محددة ، بل لقد ذهب البعض إلى أنه لا يوجد في الدولة إلا سلطتان ، تلك التي تضع القانون وتلك التي تطبقه . ولهذا كان منطقياً في نظر البعض وتطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ، ليس استبعاد القضاء الإداري من اختصاص المحاكم القضائية فحسب ، بل وإسناده للإدارة العاملة (٣) . ولقد بلغ

(١) Hauriou op. cit p. 946 Appleton op cit 23

(٢) DeLaubadère op cit 345

وبالعكس فإن رجال الثورة عالفوا هذا المبدأ لأنهم ولم منعوا القضاء من التدخل في أعمال الإدارة لم يمنحوا الإدارة من مباشرة قسط من وظيفة القضاء وهو القسط الخاص بالخصومات الإدارية (د. مهران خليل مجلس الدولة ورقابة القضاء الإداري لأعمال الإدارة ص ٢٤

(٣) Jaquelin : Les principes dominants du contentieux admins - tratif 1899

Artur : Separation des pouvoirs et separation des focctions RD P.1905. مشار "ب" في Durz et D:beyre op. ciit. p. 237 . ومن هذا الرأي كذلك Duococq إذ يذهب إلى أنه لا توجد في الدولة إلا سلطتان تشريعية وتنفيذية وأن السلطة التنفيذية تنقسم إلى ثلاثة فروع الحكومة والإدارة والقضاء . فالقضاء فرع من فروع السلطة التنفيذية لا يختلط بقروعهما الأخرى . وهو والإدارة فرعان متوازنان ومميزان داخل السلطة التنفيذية . وأن مبدأ الفصل بين السلطات يؤكد استقلال الإدارة عن القضاء .

الخلط بين المبدأين حداً ذهب فيه بعض الكتاب إلى استخدام صياغات توفق بينهما ، واعتبار الفصل بين الهيئات «أثراً خاصاً للفصل بين السلطات أو أسلوباً لتصور الفصل بين السلطات» أو «تفسيراً أفرسياً للفصل بين السلطات» ، أو «طريقة لتطبيق الفصل بين السلطات» ، رغم أن للمبدأين أهدافاً وآثاراً متناقضة وليس من وجه شبه يجمع بينهما إلا أن كليهما يبدأ بعبارة «الفصل» (١) .

فبدأ الفصل بين السلطات مبدأ سياسى ، قصد به عدم تركيز السلطة فى الدولة فى يد هيئة واحدة تستبد بها وتطفى ، وتوزيعها على هيئات منفصلة تستقل كل منهما عن الأخرى ، منعاً للتحكم والاستبداد ، وصيانة للحقوق والحريات . أما مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية فيقوم على عزل الهيئات القضائية عن نظر المنازعات المتعلقة بالهيئات الإدارية . وعلى ذلك فإنه إذا كان مبدأ الفصل بين السلطات يحمى الفرد من تعسف الدولة ، فإن مبدأ الفصل بين الهيئات يحمى الإدارة من رقابة القضاء . (٢) كذلك فإن مبدأ الفصل بين السلطات يقسم الوظائف المختلفة : بين سلطات متعددة ، لكل منها وظيفة تخصص بها ، بينما يقسم مبدأ الفصل بين الهيئات ، الوظيفة الواحدة وهى الوظيفة القضائية بين الهيئات الإدارية والقضائية ، ذلك أنه بعد أن انتزع قضاء النشاط الإدارى من اختصاص المحاكم القضائية ، أسند هذا القضاء — وعلى النحو الذى سنورده حالا — إلى الهيئات الإدارية ، وبم — زعت الوظيفة القضائية بين الهيئات الإدارية الهيئات القضائية لكل منها نصيب فيها .

ومع هذا الاختلاف بين المبدأين ، فإنه مما يؤكد عدم الارتباط بينهما ، أنه فى فرنسا عرف مبدأ الفصل بين الهيئات فى النظام الملكى الذى قام

Ducrocq : Cours de droit administratif p. 31

Berthelemy op cit. p. 14 وفى هذا المعنى كذلك

Goyard op. cit 70 (١)

Appleton op. cit. p. 17 (٢)

على مبدأ وحدة السلطة ، وفي وقت لم يكن قد تألق فيه مبدأ الفصل بين السلطات . وبالعكس تماماً في إنجلترا والولايات المتحدة ، حيث ينكرون مبدأ الفصل بين الهيئات ، رغم قيام النظام الدستوري على أساس الفصل بين السلطات (١)

المبحث الثاني

الخلط بين الإدارة العاملة والإدارة القضائية

الدولة القضائية :

وإذا كانت المحاكم القضائية قد حجبت عن ممارسة قضاء النشاط الإداري ، فكيف إذن أمكن تنظيم هذا القضاء ؟

لم تكن الجمعية التأسيسية لتدرك فائدة إنشاء محاكم إدارية تتولى القضاء الإداري ، وعلى العكس كان هذا الانشاء يعتبر تعقيداً غير مفيد ، في الوقت الذي كان يراد فيه تيسير العمل الإداري (٢) . وكانت الصورة التي بدت ميسرة في ذلك الوقت ، هي إسناد ذلك القضاء إلى الهيئة الإدارية ذاتها ، بمازس في أحضانها ، وعلى يدى رجالها العاملين . (٣) وقد عرف هذا النظام بنظام الإدارة القضائية (٤) Administratif juge

(١) وفي ذلك يقول ليدل أنه لا التاريخ ولا القانون المعاصر يؤكد أن مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية كان مرتبطاً بمبدأ الفصل بين السلطات Vedel op.cit p.61 وفي هذا المعنى أيضاً

Bretton L'autorite judiciaire gardienne des libertés essentielles 1965 p. 18
(٢) Appleton op. cit. p. 85.

(٣) فكان حل الفرد أن يتوجه بدعواه إلى الجمعيات المستغنية التي كانت تتولى إدارة المرافق العامة أو مجالس الإدارات التي كانت تتولى إدارة الأقاليم . وبمقتضى قانون ١٤/٧ أكتوبر سنة ١٧٩٠ ودمتور سنة ١٩٧١ كان رئيس الدولة يمارس بواسطة مجلس وزرائه اختصاصات قاضي مجازة السلطة أحياناً وقاضي النقض بالنسبة لمديرى الأقاليم . ثم في دستورالهيئة الثالثة نقلت اختصاصات مجلس الوزراء إلى كل وزير بالنسبة إلى وزارته

Appleton op cit p. 85 Walinc op cit p. 27. Berthlemy op cit p. 15.

(٤) هذا النظام وحل مأسوي هو الذي تحول بظواهر إلى نظام قضاء إداري

De Laubadère, op cit p. 344

وكان هذا النظام الذى يبلو اليوم شاذاً ومستغرباً يجد أساسه فى عدة اعتبارات تعززه وتساند قيامه ، فهو من ناحية نظام كان يعتبر متفقاً مع مبدأ الفصل بين السلطات الذى كان يؤدى إلى استقلال الإدارة عن القضاء . ومن ناحية ثانية كان يجد مبرره فى فكرة قانونية متعلقة بطبيعة القضاء الإدارى ذاته ، فكرة مقتضاها أن القضاء فى الأعمال الإدارية هو نوع من الأعمال الإدارية *le juge l'administration c'est aussi administrer* وأخيراً فإن ذلك النظام كان يتم - فى نظرهم - بالواقعية والملاءمة ، لأن الأذهان كانت تحتفظ فى ذلك الوقت بذكريات طيبة عن نظام المراقبين *les intendants* الذين مارسوا فى النظام الملكى السابق اختصاصات القضاء الإدارى . (١)

ومع وضوح الخطأ فى إسناد ذلك النظام إلى المبدأ الدستورى المتعلق بالفصل بين السلطات - وهو ما سبق بيانه - (٢) أو إلى الفكرة المتعلقة بطبيعة القضاء فى المسائل الإدارية - لاختلاف الوظيفة القضائية عن الوظيفة الإدارية - فإن من أظهر عيوب ذلك النظام وأخطرها ، أنه ممكن للهيئة الإدارية الجمع بين وظيفتها الإدارية وجزء من وظيفة القضاء - القضاء فى المنازعات الإدارية - وأدى إلى الخلط بين الإدارة العاملة والإدارة القضائية . ومن السهل إدراك أنه حين تنهض الإدارة خصماً وحكماً ، فإن ذلك لا يقدم للفرد إلا حياداً ضعيفاً ، وضماناً أضعف ، ولا ريب أن التزام الإدارة القضائية بالقواعد القانونية لا يعادل التزام القاضى بها (٣) .

مجلس الدولة والوزير المفوض :

وقد شهد أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن

De Laubadere op cit. p. 346.

(١)

(٢) ويرى برنارد أن نظام الإدارة القضائية لا يتفق ومبدأ الفصل بين السلطات وأن قيام الإدارة بالوظيفة القضائية هو مخالفة للمبدأ فى أحد تطبيقاته التى لا يثوره خلاف

Bonnard op-cit p. 112.

Appleton op. cit. p. 85 waline op. cit p. 27

(٣)

التاسع عشر. تعديلات هامة في ذلك النظام تمت بدمتور السنة الثامنة على يد يونابرت ، ولم تؤد بطبيعة الحال إلى إلغاء مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية ، أو تعديل مفهومه الذى مال إليه في ذلك الوقت . فلم يكن هناك من يقر أن هؤلاء الرجال الذين ينفذون أوامر يونابرت كالمديرين مثلا ، يمكن أن تخضع أعمالهم لرقابة «ايدولوجية» من المحاكم . ولكن تلك التعديلات كانت تضع في الاعتبار تهمة مراجل الغضب والاستجابة إلى بعض المطالب العادلة للأفراد : (١) وكانت ذات شقين :

فن ناحية تم إنشاء مجموعة من المحاكم الادارية متميزة عن الادارة العاملة ، تتمتع بالقضاء المقوض ، وتصدر أحكاما حقيقية ، ولكنها لا تملك إلا اختصاصا ضيقا ومحدودا بالقانون في أنواع معينة من المنازعات الإدارية . وبإنشاء هذه المحاكم ، تأثر المفهوم المطلق لقاعدة الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية لصالح الاختصاص القضائي (٢) .

ومن ناحية أخرى أنشئت مجوار الادارة العاملة Administration active وإدارة استشارية Administration consultation وهي مجلس الدولة ومجالس الأقاليم . وكان لمجلس الدولة اختصاص مزدوج : فهو من ناحية المستشار القانوني للحكومة ، يصيغ لها القوانين ، ويبدى رأى والمشورة

Waline op. cit. p. 28

(١)

(٢) رغم ما في هذا الاصلاح من اتجاه نحو استقلال نسبي للقضاء قبل الادارة بهد ما كان من استقلال مطلق للادارة قبل القضاء فان انشاء تلك المحاكم لم يكن يقدم بدوره الا ضمانا ضعيفا للأفراد . اذ كانت تشكل من قضاة يمارسون في ذلك الوقت الوظيفة الادارية . فهم مستشارو المدير أحيانا وقضاة أحيانا أخرى . ولهذا لم يكن هذا التشكيل يضمن بطبيعة استقلال تلك المحاكم في الوقت الذى كان يرأسها المدير .
Duez et Debeyre 237 يضاف الى ذلك أن أحكام هذه المحاكم كانت تخضع للاستئناف أو التفتش أمام مجلس الدولة وبالتالي لرئيس الدولة الذى كان يتولى سلطة التصديق على أعمال ذلك المجلس .
يراجع في ذلك اختصاصات هذه المحاكم

Auby & Drago. Traité de contentieux administratif 1962 t 111 p. 149

في المسائل القانونية التي تعرضها خلال ممارستها لوظائفها . ومن ناحية أخرى عهد اليه بدور في قضاء المنازعات الإدارية : نقول بدور في ذلك القضاء لأنه لم يكن يملك سلطة القضاء أو إصدار الأحكام وإنما يقتصر دوره على البحث وإبداء الرأي في تلك المنازعات وإعداد مشروعات المراسيم القضائية - الأحكام - التي تعرض على رئيس الدولة للتصديق عليها . ولهذا كان مجلس الدولة هو في حقيقته مجلس رئيس الدولة Conseil du chef d'Etat وصحيح أن رئيس الدولة كان مشغولاً بمهامه عن دراسة تقارير المجلس ، وكان يدرك أنه ليس قاضياً بأكثر من مستشاريه ، ولهذا كان تصديقه أو توقيعه على مشروعات الأحكام التي يعدها مجلس الدولة هو من الناحية العملية مجرد إجراء . ولكن ذلك لا يؤثر في الحقيقة القانونية التي تمثلت في أن أعمال المجلس كانت مجرد اقتراحات ومشروعات تخضع لتصديق رئيس الدولة الذي يتخذ في النهاية القرار الذي يراه والذي تنتهي به المنازعة (١) .

ولقد سمي هذا النظام بالقضاء المحجوز justice retenue لمجلس الدولة وفيه احتجز رئيس الدولة لنفسه سلطة اتخاذ القرار القضائي ، وحجزها عن مجلس الدولة الذي لم يكن يملك إلا تقديم اقتراحات (٢) .

وهكذا خلت اصلاحات السنة الثامنة - بعد الفصل بين الهيئات

(١) Appleton op cit. p. 85, Waline op. cit p. 28, Delaabadère (١) op-cit p. 346

(٢) ان اطلاق عبارة القضاء المحجوز على عمل مجلس الدولة وان كان تعبيراً سائداً في الفقه إلا انه في نظرنا غير دقيق على عكس الحال بالنسبة الى عمل المحاكم القضائية التي كانت تأخذ هذا الوصف في النظام القديم قبل الثورة . ذلك أن المحاكم القضائية في هذا النظام القديم كانت محاكم حقيقية تمارس وظيفة القضاء وتصدر أحكاماً نهائية تنتهي بها المنازعة ولا تخضع لتصديق أية جهة أخرى . فعمل هذه المحاكم كان من طبيعة قضائية مستوفياً كل عناصرها وكانت المحاكم مفوضة في هذا القضاء من قبل الملك . ومع ذلك فإن هذا التفويض لم يكن يحمل معنى تنازل الملك عن سلطته في القضاء الى المحاكم إذ كان يحجز لنفسه سلطة سحب أى منازعة من المحكمة المختصة بها ليقضي فيها بنفسه أو بواسطة محكمة أو قضاة آخرين . ومن هذا أطلق عليه

الإدارية والقضائية (١) : نحو الفصل بين الوظائف الادارية والقضائية . ذلك أنه مع بقاء قضاء القضاء الإداري تابعاً للسلطة التنفيذية وملحقاً بها ، فإن إنشاء المحاكم الادارية ومجلس الدولة - في أحضان السلطة التنفيذية - ساهم في قيام نوع من الفصل بين الادارة العاملة والادارة القضائية ، والتفرقة بين وظيفة الادارة ووظيفة القضاء . وكان ذلك أسلوباً أدى إلى هجر نظام الادارة القضائية ، لا لتكف عن رقابة أعمالها بنفسها ، بل لتستمر في ذلك بجهازها القضائي بعد أن كانت تراقب نفسها بنفسها بجهازها الإداري (٢) .

ومع ذلك فقد استمر الخلط بين الإدارة العاملة والإدارة القضائية ، في صورة سادت فيها نظرية القاضي الوزير *ministre juge* محل الادارة القضائية ، فقد احتفظ الوزراء وحدهم بسلطات قضائية واسعة كل في حدود وزارته ، حتى كان الوزير يعتبر قاضي القانون العام في المسائل الإدارية

= البعض وصف القضاء المحجوز ، فهذه الصفة تميز قواعد اختصاص هذه المحاكم ولا تميز طبيعة القضاء التي كانت تمارسه هذه المحاكم . وعلى عكس ذلك تماماً تقوم فكرة القضاء المحجوز بالنسبة لعمل مجلس الدولة . ذلك لأن هذا المجلس لم يكن يقوم بعمل من طبيعة قضائية . فمن المنطوق عليه إجماعاً أنه كان يتولى البحث واحداً ومشروعات الأحكام القضائية التي يصدرها وليس الدولة . وعمله هذا لا يمت بصلة إلى القضاء لمحجوزاً ولا مفوضاً وإنما هو مجرد عمل استشاري لا يختلف في طبيعته من الآراء والتساوي التي كان يقدمها للإدارة في المسائل التي تصادفها في عملها اليومي وتطلب الرأي فيها . ولهذا أيضاً لا تتفق مع ما ذهب إليه البعض من أن مجلس الدولة كان يمارس دوراً مزدوجاً لا تتفق مع هذا المنهج ونرى أن وظيفة مجلس الدولة كانت وظيفة واحدة من طبيعة واجدة وهي الافتاء وتقديم الآراء القانونية سواء في المسائل الادارية التي تعرضها الجهات الإدارية أو في المنازعات الإدارية التي يثيرها الأفراد . وفي هذا تتفق تماماً مع ما ذهب إليه د . غيوان خليل من أن هذا المجلس بدأ كجلس إداري فقط يستعين به الرئيس الإداري في المسائل القانونية ويمد في شأنها بالنصيحة الفنية ولهذا لم يتقيه المجلس بقيود القضاء إزاء أعمال الإدارة (مقاله السابق ص ١٩٠)

(١) تشير إلى أن هذا الفصل لا ينصرف إلى الفصل بين وظائف الدولة الثلاثة - تشريعية وتنفيذية وقضائية - أحد الأفكار المستمدة من مبدأ الفصل بين السلطات لمونتسكيو وإنما الفصل المشار إليه كان أسلوباً من أساليب تنظيم العمل داخل الإدارة استهدف عدم منح عضو أو هيئة اختصاص الإدارة العاملة واختصاص الحكم في المنازعات الادارية في ذات الوقت .

Appleton op cit p. 18 De l'aubadère op cit p. 346, Goyard op. cit (٢) p. 97

المرتبطة بوزارته ، ولم تكن تقبل دعوى الفرد المرفوعة رأساً أمام مجلس الدولة إلا بعد اللجوء إلى الوزير المختص ، وعن طريق استئناف الحكم القضائي الصادر من هذا الوزير (١).

(١) Hauriou op cit p. 961 Duez et Debeyt op cit 237 Appleton op cit p. 89 et 309, Drago III op. citp. 152.

الفصل الثالث

تطور المبدأ إلى أسلوب للفصل بين القضاء الإداري والإدارة العاملة

مجلس الدولة والقضاء المفوض :

استمر نظام مجلس الدولة بقضائه المحجوز ، بالإضافة إلى نظام الوزير القاضي بشكل التنظيم الأساسي لقضاء المنازعات الإدارية . ولم يكن لمثل هذا التنظيم ، بما يحمله من مزيج متناقض بين الفصل والخلط بين الوظائف والهيئات الإدارية والقضائية ، إلا أن يكون انتقالياً .

ففي مرحلة أولى ، ألغى القضاء المحجوز بالقانون الصادر في ٣ مارس سنة ١٨٤٩ الذي نقل من رئيس الدولة السلطة العليا في إصدار الأحكام في المنازعات الإدارية ، وناطها بمجلس الدولة . وبذلك أصبح هذا المجلس مفوضاً في القضاء ، بعد أن كان محجوزاً عنه القضاء ، وأصبحت له سلطة كاملة في إصدار أحكام حقيقية في المنازعات الإدارية ، بعد أن كان يقف بسلطته عند حد إبداء الرأي فيها . وسمى قضاء المجلس بالقضاء المفوض *justice déléguée* بالمقابلة بنظامه السابق في القضاء المحجوز . وبهذا التعديل تطور مفهوم مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية نحو الفصل بين الإدارة العاملة وبين الإدارة القضائية ، ولكنه كان تطوراً مؤقتاً ، إذ لم يلبث أن ألغى نظام القضاء المفوض بالمرسوم الصادر في ١٨٥٢/١/٢٥ ، وعاد مجلس الدولة إلى نظامه القديم في القضاء المحجوز تحت وصاية رئيس الدولة . وظل الأمر كذلك إلى أن صدر قانون في ١٨٧٢/٥/٢٤ رده إلى نظام القضاء المفوض ، فعادت إليه صفته كقضاء إداري يفصل بسلطة قضائية في المنازعات الإدارية ، دون تدخل من رئيس الدولة (١) . وانشأت

(١) ويلعب Ghal إلى أنه منذ هذا التاريخ يمكن القول بأن مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية

في ذات الوقت محكمة تنازع الاختصاص tribunal des conflits عهد اليها
بفض المنازعات التي يمكن أن تثور حول الاختصاص بين القضاء العادي
والقضاء الإداري . وهكذا كان استقلال مجلس الدولة بالقضاء الإداري
يمثل تطوراً نحو الفصل بين الإدارة العاملة والقضائية .

séparation des amministrazione active et contententieuse

ومع ذلك فقد كان هذا الفصل متوارياً تخيم عليه ظلال نظام الوزير
القاضي الذي كان يعتبر وفقاً للتفسير السائد لنصوص السنة الثامنة ، قاضي
القانون العام في المنازعات الإدارية ، والذي يتعين الاحتكام اليه كدرجة
أولى قبل الاحتكام إلى مجلس الدولة كدرجة ثانية . وقد ظل هذا التفسير
قائماً وسائداً حتى بعد أن استقل مجلس الدولة بقضاياه المفوض .

وكان طبعياً أن ياحق التطور في تتابعه المستمر بنظام الوزير القاضي .
غير أن هذا التطور لم يتم تشريعياً ، وهي أداة التغيير في كل المراحل السابقة ،
وأنما تم قضائياً . ذلك أن مجلس الدولة بعد أن توافرت له عوامل الاستقلال
وأسباب القوة والتطور ، قضى في ١٣/١٢/١٨٨٩ بقبول دعوى وجهت
اليه رأساً دون أن يسبقها احتكام إلى الوزير القاضي . وبذلك هجر مجلس
الدولة ذلك الفقه السائد ، وقضى على نظام الوزير القاضي ، وأصبح
هو - لا الوزير القاضي - قاضي القانون العام في المنازعات الادارية
لأول ولآخر درجة (١) .

الفصل بين جهات القضاء الإداري والإدارة العاملة :

إذا كان مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية قد ينحدر في أول مراحله

= والقضائية اكتسب حقيقة قيمته وفاعليته الكاملة وذلك بتكئين الإدارة من التحرر من اعتداءات
السلطة القضائية مع بقائها في نطاق المدالة والقضاء الإداري

Gal. La juridiction comptente pour connaitre aux droits fondamentaux
de la personne J. C. P. 195,1, 927

Appletton op. P.cit 89, Delaubadère op. cit p. 347 Drago op cit III p (٢)
156

لانزع المنازعات الإدارية من اختصاص المحاكم القضائية ، لتدعيم الاستقلال التام للإدارة قبل القضاء ، فقد أدى في آخر مراحلها إلى إنشاء قضاء إداري مستقل عن الإدارة العاملة وعن المحاكم القضائية .

وإذا كان استقلال القضاء الإداري عن القضاء العادي ظاهرة لا تحتاج إلى بيان ، يترجم عنها انفصال محاكم كل منهما انفصالاً حقيقياً عن الأخرى ، فإن استقلاله بالنسبة إلى الإدارة يحتاج إلى تفصيل .

ذلك أنه في عمليات تنظيم قضاء النشاط الإداري ، كان هناك على مدى التطور الطويل ، اتجاهان رئيسيان يشدان التنظيم إلى طرفي تقيض . الأول أن إسناد هذا القضاء إلى الإدارة يتفق واستقلالها بشئونها ، وقدرتها على الحكم في منازعاتها ، إلا أنه يعيبه عدم الاطمئنان إلى حيديتها بوصفها خصماً وحكماً في آن واحد . والثاني أن إسناد ذلك القضاء إلى جهة أخرى غير الإدارة ، يوفر معاني التحكم وأسباب الحيادة ، إلا أنه يعيبه أن هذه الجهة قد لا يتوافر لها التخصص الفني اللازم للاحاطة باحتياجات الإدارة وأساليبها ومشاكلها ، وبالتالي الأهلية الفنية للفصل في منازعاتها .

وكانت حركة التطور في مسيرتها تغلب الحل الأول ، بإسناد القضاء الإداري إلى الإدارة ، أخذاً بمزاياه في تدعيم استقلال الإدارة بشئونها ، والإفادة من قدرتها على الحكم في منازعاتها ، وبمجاهد بالإصلاح والتعديل ، في علاج منازعاته بمجلس الادارة ، وهي خصم ، على منصة القضاء . وكان إنشاء مجلس الدولة كجهة قضاء إداري مستقلاً يحاكمه الادارية ، تطبيقاً عملياً لذلك الحل .

فقد نشأ من ناحية في أحضان الهيئة الادارية ، أخذاً بفكرة استقرت حول ضرورة قيام قضاء خاص بالإدارة ، داخل الإدارة ذاتها تحقيقاً لمبدأ استقلالها بشئونها (١) .

(١) ومن مظاهر ذلك أن يضم رجالاً من الإدارة فالوزراء يحضرون بعض مداولاته وعملآ آخرين للإدارة هم المستشارون غير الماديين يساهمون في بعض أعماله وللادارة أن تميز ==

ومن ناحية أخرى فإن هذا القضاء الإداري وإن نشأ داخل الإدارة فقد منح استقلالاً حقيقياً عنها ، تحقيقاً لمبدأ الحياد الواجب لهذا القضاء . وقد تحقق هذا الاستقلال عضوياً ، بمعنى أن الأعضاء الذين يتولون القضاء ، مستقلون عن الأعضاء الذين يتولون الإدارة العاملة . فمجالس الدولة بمحاكمه الإدارية ، له جهازه وأعضاؤه منفصلون عن رجال الإدارة العاملة ، ويتمتعون بضمانات كافية من الاستقلال . كما تحقق الاستقلال وظيفياً ، بمعنى أن القضاء الإداري يكرس جهده في وظيفته القضائية ولا يتولى عملاً من أعمال الوظيفة الإدارية . وإذا كان صحيحاً أن أعضاء مجلس الدولة يساهمون في الحياة الإدارية عن طريق إبداء الرأي والفتوى في المسائل التي تعرضها الحكومة ، فإن ذلك يكسبهم الاختصاص الفني ، ويجعلهم أكثر إحاطة باحتياجات الإدارة ومتطلباتها ، دون أن يجعلهم شركاء في القرار التنفيذي الذي هو من عمل الإدارة ذاتها ، ولا يرتب لهم سلطة أو مسئولية ، أو يقلبهم أطرافاً ذوي مصلحة في الدعاوى الإدارية . وبمعنى آخر فإن وظيفة المجلس في الإفتاء والتي تشبه بالطبيعة الإدارية ، هي وظيفة استشارية بحتة ، وليست من وظائف الإدارة العاملة . فأعضاؤه استشاريون بعيدون عن الإدارة بدرجة تحفظ استقلالهم في أحكامهم ، ومع ذلك فإنهم محتطون بالإدارة بدرجة يحيطون معها بنشاط الإداري احتياجاته وعيوبه (١) . وفضلاً عن ذلك فإن مجلس الدولة مقسم داخلياً وتنظيمياً

نسبة من موظفيه ولا يرى الفرنسيون أن يقف مجلس الدولة بعيداً تماماً عن الإدارة تنقطع بينهما الرابطة وتندم الوشائج إذ يجب أن يربطهما تيار يبقى على الصلة بينهما دون أن يهدم استقلال المجلس . ولذلك أجازوا للحكومة تعيين نسبة من موظفيه كما أن الإدارة يمثل فيه في أشخاص المستشارين غير الناديين من مظاهر الصلة أيضاً . يمكن أعضاء المجلس من أن يطلبوا منه أن يكونوا خارج الهيئة كي يملأوا في وظائف الإدارة العاملة كل ذلك ينشئ علاقات قوية ومستمرة بين المجلس والحياة الإدارية ويجعل مجلس الدولة كما قال البعض بحق *une synthèse de l'administration et de juridiction Administrative* (د. مصطفى كامل - مجلس الدولة ص ٦١) هذا وأن تبعية مجلس الدولة لداره كانت دائماً السبب في الاعتراض على مبدأ عدم تقرير قابلية أعضائه

المزلة Drago op cit. Cit. I p. 96

Hauriou op cit p.60 De Laubadère op cit p. 355 Waline op cit (١) p. 266 Bonnard op cit. p. 115.

إلى عدة أقسام ، وإن وظيفة القضاء بمارسها القسم القضائي مستقلا عن الأقسام الأخرى .

وهكذا قام في داخل الهيئة الإدارية ، جهاز قضائي مستقل هو مجلس الدولة ، ليفرض على الإدارة العاملة احترام القوانين (١) .

المفهوم للتطور لمبدأ الفصل بين الهيئات :

ذهب الفقه في تحديد مفهوم ذلك المبدأ ، إلى أنه قاعدة تحظر على المحاكم القضائية النظر في المنازعات الإدارية (٢) وأنه مبدأ في يتعلق بتنظيم الاختصاصات بين نظامى القضاء والعلاقات بين الإدارة (٣) ، وأنه كان في نشأته يعنى أن المحاكم العادية لا تستطيع رقابة أعمال الإدارة ، ثم صار - بعد إنشاء القضاء الإدارى - يعنى قيام نظامين للقضاء (٤) كذلك فانه بعد تطوره يعنى أن أعضاء الإدارة لا يحكون في المسائل الإدارية ، وأن القضاء الإدارى لا يعتدى على مجال الإدارة العاملة (٥) ، وأنه بعد أن كان في نشأته فكرة تنطوى على امتياز للإدارة أصبح في صورته الحالية فكرة لتوزيع الاختصاص في المنازعات الإدارية بين جهتي القضاء (٦) ، وأنه كان حلا لمشكلة اسناد الاختصاص القضائي في مسائل قضاء النشاط الإدارى إلى سلطة لا يجب أن تكون السلطة القضائية (٧) .

وتكاد هذه الآراء المتقدمة تحمل اتفاقاً على أصل تباينت بعد ذلك في طريقة تصديره ، ولئن كنا نميل إلى الأخذ بالتصوير الأخير (٨) فإن الصورة

Berthelieny op cit p. 882

(١)

Vedel .op. cit p. 61

(٢)

Bretton op cit p. 26

(٣)

Drago op cit. I p. 95

(٤)

Appleton op. cit. p. 85

(٥)

Duez et Debeyre op. cit p. 242

(٦)

Goyard op cit p. 69.

(٧)

(٨) على الأقل لأنه يسلط الفقه على العلاقة الثنائية بين الإدارة والقضاء الإدارى وهى التى تهتمنا فى البحث بأكثرها يسلط على العلاقة الثلاثية بين الإدارة والقضاء الإدارى والمحكم القضائية

تستحق مزيداً من الايضاح .

فبدأ الفصل بين الهيئات حقق في بدايته انفصلاً عضوياً مطلقاً للهيئة الإدارية عن الهيئة القضائية : ثم لما استأثرت الهيئة الإدارية - نتيجة لهذا الانفصال - بقضاء نشاطها الإداري ، حقق ذلك المبدأ بعد إنشاء مجلس الدولة مستقلاً داخل الهيئة الإدارية ، انفصلاً وظيفياً بين أعمال الإدارة وأعمال القضاء الإداري . وهذا رتب المبدأ انفصلاً مزدوجاً عضوياً ووظيفياً .

غير أن المبدأ في تحقيقه للانفصال العضوي بين الهيئة الإدارية والهيئة القضائية ، كان يهدف - وهو في بداية نشأته - إلى مصلحة الإدارة واستقلالها عن القضاء . أما في تحقيقه للانفصال الوظيفي بين أعمال الإدارة وأعمال القضاء الإداري ، فكان يهدف - وهو في نهاية تطوره - إلى مصلحة القضاء الإداري واستقلاله عن الإدارة .

وعلى هذا النحو قام التوازن ، وأمكن لذلك المبدأ حل المعادلة الصعبة التي أشار إليها التصوير الذي ملنا إليه : كيف يمكن تحرير الهيئة الإدارية من الخضوع لرقابة الهيئة القضائية مع خضوعها في الوقت ذاته لرقابة قضائية ؟

وننتقل بعد ذلك إلى استعراض نظامنا القضائي المصري لنرى حقيقة المكان الذي احتله ذلك المبدأ فيه .

الباب الثاني

ارتداد المبدأ في مصر

لم تشهد مصر ذلك التطور البعيد الذي صادفه القضاء الفرنسي وتقلب عاينه طويلا . وكان أول عهدها بنظام المحاكم القضائية يرجع إلى سنة ١٨٧٥ بإنشاء المحاكم المختلطة (١) ، ثم إنشاء المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ . ولم تكن مصر تعرف قبل هذا التاريخ مبدأ الفصل بين السلطات ، أو الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية ، ذلك أنه وبصرف النظر عن عدم وجود دساتير في ذلك الوقت تقرر تلك المبادئ أو تحتضنها ، لم تكن توجد هيئات قضائية يستتبع وجودها تنظيم العلاقات بينها وبين الهيئات الادارية . في أى من صور الفصل أو الادماج . ولما لم تكن الادارة تخضع لأية رقابة قضائية ، وكان يمكن القول بأنها كانت قاضية المنازعات الخاصة بها ، مما يعيد إلى الأذهان نظام الإدارة القاضية ، الذي عرف في فرنسا في مرحلة من مراحل تطورها القضائية .

على أن إنشاء المحاكم المختلطة ثم المحاكم العادية كان حدثاً فرض بذاته تنظيم اختصاصات هذا القضاء بالنسبة إلى المنازعات الادارية ، وبالتالي رسم أساس العلاقات بين الهيئات الادارية والقضاء الوليد . وقد خرجت لائحة ترتيب هذه المحاكم بعيدة عن ترسم خطى النظام الفرنسي أصلا ، وبالتالي بعيدة عن بنائه الذي قام عليه وهو مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية .

وظل النظام القضائي المصري ثابتاً على أسامه ، حتى بعد إلغاء القضاء

(١) كانت توجد محاكم شرعية لانتمائها في هذا البحث .

المختلط ، وإلى أن انشئ مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، وعهد اليه بمهمة الفصل في بعض المنازعات الإدارية التي نص عليها في قانون إنشائه . ورغم أن المشرع المصري قد احتذى حلو النظام الفرنسي بإنشاء مجلس الدولة المصري على غرار مجلس الدولة الفرنسي ، وبذلك أقام نظاماً قضائياً مزدوجاً كما هو الحال في فرنسا ، إلا أنه مع ذلك لم يرسم خطى مجلس الدولة الفرنسي في البناء الذي قام عليه ، وهو مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية :

ولذلك يمكننا أن نقرر من الآن أن مصر لم تعرف مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية ، لا في عهد المحاكم القضائية ، ولا في عهد مجلس الدولة ، وأن نظامها القضائي قام في كلا العهدين على أساس مبدأ الفصل بين السلطات مطوراً في مفهومه ، الأمر الذي يقتضى دراسة كل من هذين العهدين في فصل مستقل :

الفصل الأول

المبدأ في عهد المحاكم القضائية قبل انشاء مجلس الدولة

نظام القضاء قبل انشاء المحاكم المختلفة والأهلية (١) :

لم تكن النظم والظروف المصرية خلال المهددين العربى والتركى ، لتدع مجالا للترقية بين وظائف الدولة أو سلطاتها المختلفة . وتطورت الظروف مع الزمن ، وبخاصة خلال القرن التاسع عشر ، وفي عهد محمد على ، حيث نال القضاء نصيباً من الإصلاح . ففى أول الأمر كانت الادارة تفصل فى ظلمات الأفراد ، بل وكانت تفصل أحياناً فى الخصومات العادية بين الفرد والفرد ، وبذلك كانت تباشر قسطاً من وظيفة القضاء التى كانت تختص بها أساساً المحاكم الشرعية .

ثم أنشأ محمد على بعض المحالس ، ومنحها اختصاصات قضائية وإدارية وتشريعية ، وكان أولها «ديوان الوالى» الذى أنشئ سنة ١٨٠٥ ، واختص بضبط المدينة وربطها ، وبالفصل فى المشاكل ، وبوضع نظمات البلاد الأولى ، وسن اللوائح . وكان هذا المجلس شبيهاً بمجلس الملك الذى عرفه التاريخ الفرنسى قديماً ، وقد أطلق عليه بالفعل اسم «المجلس العالى الملكى» .

وبمثل ذلك الخليط من الوظائف ، اختص كذلك «الديوان العالى» وهو أكبر الدواوين السبعة التى أنشأها محمد على أيضاً بقانون سنة ١٨٣٧ . كما أنشأت جمعية الحقبانية سنة ١٨٤٢ فجمعت بين سلطة سن القوانين واللوائح ، وبين الاختصاص القضائى الشامل لجميع القضايا المتعلقة بالعسكرية والأهالى التى تقدم إلى الجمعية من الدواوين ذات الشأن فيها ، كما كانت

(١) د. عثمان خليل عثمان . مجلس الدولة ورقابة القضاء الإدارى لأعمال الاداره العليا . الخاصة ص ٣٧ وما بعدها .

تفصل في التهم الموجهة ضد الموظفين . وقد سميت باسم « مجلس الأحكام » ، وهو أعلى هيئة قضائية افتائية حينذاك وقد ألغاه سعيد وأعاد مرات ، وظل مع بعض المجالس المحلية حتى ما بعد إنشاء المحاكم المختلطة ولحين العمل بالمحاكم الأهلية .

وبذلك عرفت مصر في ذلك العهد نظام المجالس الشبيهة بنظام مجلس الملك الفرنسي ، ودرجت هذه المجالس مثله على الخلط بين العمل الإداري والعمل القضائي والعمل التشريعي ، كما تولت الإدارة الفصل في بعض الخصومات مستغلة قلة المجالس . وبعدها عن المتقاضين وعدم الفصل بين السلطات . وكانت أحكام هذه المجالس مرهونة في النهاية برأى الوالى ، وبذلك كان قضاؤها من قبيل ما يعرف بالقضاء المحجوز الذى صادفناه عند دراسة النظام الفرنسى .

انشاء المحاكم المختلطة والأهلية واختصاصها بالنزاعات الادارية :

كانت الإمتيازات الأجنبية أثقالا حملها مصر فوق ظهرها ، وأخذت تن منها سنوات بعد سنوات . وكانت هذه الامتيازات تكفل - فيما تكفله - للدول الممتنعة بالامتياز ، حصانة قضائية تمكنهم من طرح منازعاتهم على قناصل بلادهم ، للفصل فيها طبقاً لقوانينهم الخاصة . فلما استشرى الأمر ، وضربت الفوضى أطناها ، وأراد الخديوى اسماعيل وضع حد لها تقدم إلى تلك الدول بمشروع لأئحة لانشاء المحاكم المختلطة . وحين انعقدت لجنة دولية بالقاهرة في الفترة من ٢٨/١٠/١٨٦٩ إلى ١٧/٢/١٨٧٠ لدراسة ذلك المشروع اقترح المندوبان الفرنسيان أن تخضع الحكومة والخديوى على السواء لولاية المحاكم الجديدة ، وأن يخضعا في ذلك لقواعد القانون العام الأوروبي . وكان تمسك المندوبين الفرنسيين بقواعد القانون العام الأوروبي فيما يتعلق بالنزاعات الادارية هو الذى منحهم فيها الحكومة والخديوى - دلالة خاصة ، تشير من طرف خفى إلى تبدل النظام الفرنسى ، الذى كان إلى ذلك العهد يأخذ بنظام القضاء المحجوز والوزير القاضى ، وإلى الأخذ بالنظام

البلجيكي الذي كانت قد أخذت به بعض دول أوروبا كاليونان والدانمرك وإيطاليا . وقد تغلب هذا النظر الأخير (١) .

وعلى هذا الأساس نصت المادة ١١ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة على أنه ليس لهذه المحاكم أن تفصل في ملكية الأموال العامة أو أن تفسر أمراً يتعلق بالإدارة أو توقف تنفيذه ولكن يدع لها في الأحوال التي وردت في القانون المدني أن تفصل في الاعتداء على حق مكتسب لأحد الأجانب متى كان ناشئاً عن عمل إداري ، ثم عدلت في سنة ١٩٠٠ تعديلاً تضمن منع تلك المحاكم من التعرض لأعمال السيادة ، ثم أعيدت صياغتها بغير تغيير في جوهرها بمناسبة إلغاء الامتيازات الأجنبية سنة ١٩٣٧ .

ولما أنشأت المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ تضمنت المادة ١٥ من لائحة ترتيبها حكماً شبيهاً بحكم المادة ١١ من لائحة المحاكم المختلطة في صياغتها الأولى ، ثم وحدث صياغة المادتين المختلطة والأهلية بمناسبة إلغاء الامتيازات الأجنبية سنة ١٩٣٧ ونص لأول مرة على أعمال السيادة في لائحة ترتيب المحاكم الأهلية . ثم بمناسبة إلغاء المحاكم المختلطة بعد انتهاء فترة الانتقال وصدور قانون نظام القضاء رقم ٣٧ لسنة ١٩٤٩ نص في المادة ١٨ منه على أنه وليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة ولها دون أن تتوّل الأمر الإداري أو توقف تنفيذه أن تفصل ١ - في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة بشأن عقار أو متقول عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك .

٢ - في دعاوى المسئولية المدنية المرفوعة على الحكومة بسبب إجراءات وقعت مخالفة للقوانين واللوائح .

٣ - في كل المسائل الأخرى التي يحولها حق النظر فيها .

(١) د. سليمان الطاوي التصف في استعمال السلطة . ص ١٨٣ .

وبغير تفصيل في اختصاص المحاكم المختلطة والأهيلة يخرج بطبيعته عن نطاق البحث ، فان اختصاص هذه المحاكم بالنسبة للمنازعات الادارية ، كان مقصوراً على التعويض عن الأعمال الادارية غير المشروعة ، دون التعرض لهذه الأعمال تأويلاً أو وفقاً أو إلغاء .

تلك سمات النظام القضائي البلجيكي ارسمت على قضائنا المصري في أول عهده ، منذ أواخر القرن الماضي حتى منتصف القرن الحالي ، والتي لا نكاد نعرف عليها الا بالمامة موجزة بالنظام البلجيكي ذاته .

النظام القضائي البلجيكي في المنازعات الادارية :

حين قامت بلجيكا بوضع دستورها سنة ١٨٣١ ، كان النظام الفرنسي في استحداثه لمجلس الدولة في دور النمو والتكوين ، وكان مجلس الدولة ذاته في طور القضاء المحجوز يخضع لرئيس الدولة . وكانت النظرة إلى المجلس مشوبة بالرغبة باعتباره قضاء خاص بالادارة ، وامتياز لها ، أنشئ ليباعد بينها وبين المحاكم القضائية ، وأنه أقرب إلى حمايتها منه إلى حماية الأفراد . ولهذا فانه حين عملت بلجيكا على إرساء نظامها القضائي ، حاولت علاج كل ما تمثل في النظام الفرنسي من عيوب خبرتها بلجيكا خلال وقوعها تحت الاحتلال الفرنسي . ولذلك أخضع دستور سنة ١٨٣١ الإدارة للمحاكم القضائية التي يتمثل فيها أكبر ضمانات ورعاية لحقوق الأفراد وحرياتهم (١) .

فقد نص الدستور في المادة ٩٢ على أن المنازعات التي تتعلق بالحقوق المدنية ولاية المحاكم دون غيرها ، وفي المادة ٩٤ على أنه « لا يمكن إنشاء أية محكمة أو جهة قضائية أخرى إلا بقانون ولا يجوز انشاء مجالس أو محاكم غير عادية لأي سبب من الأسباب » وفي المادة ١٠٧ على أنه « ليس للمحاكم أن تطبق القرارات واللوائح العامة أو الاقليمية أو البلدية إلا إذا كانت موافقة للقوانين » (٢) .

(١) د. سليمان الطاوى المرجع السابق ص ٢٢٦

(٢) المرجع السابق ص ١٩٠ .

وهكذا حظر الدستور إنشاء محاكم أو مجالس خاصة - كمجلس الدولة مثلاً - ، وأخضع الإدارة في منازعاتها مع الأفراد للمحاكم القضائية دون غيرها ، ومنح تلك المحاكم سلطة مراقبة مشروعية أعمال الإدارة بحيث تمتنع عن تطبيقها إذا ما كانت مخالفة للقانون .

وفي التطبيقات القضائية ، ذهبت المحاكم إلى أن رقابة المشروعية لا يمكن إثارتها بدعوى أصلية ، بل لابد أن يكون ذلك عرضاً عند تطبيق أمر إداري ، وأن المحاكم لا تملك بصدد هذه الرقابة أن تلغي هذا الأمر ، وكل ما تملكه هو الامتناع عن تطبيقه ، وتقرير التعويضات المناسبة إذا ما أدى تنفيذه إلى الأضرار بالأفراد . وكانت المحاكم تستند في رسم حدود هذه الرقابة إلى مبدأ الفصل بين السلطات (١) .

المحاكم القضائية ومبدأ الفصل بين السلطات :

وهكذا يتضح كيف استعار نظامنا المصري النظام البلجيكي ، وكلاهما يقوم في الرقابة على الأعمال الإدارية على دعمتين أساسيتين . الأولى أن المحاكم القضائية هي صاحبة الاختصاص العام بالفصل في كل المنازعات ، إدارية كانت أم غيرها ، والثانية أنه مع عدم المساس بالأعمال الإدارية تأويلاً أو وقفاً أو إلغاءً ، فإنه يجوز التعويض عن الأعمال الضارة منها . وواضح أن الدخالة الأولى هي الأصل في الاختصاص ، والثانية هي القيد على هذا الاختصاص .

والنظام المتقدم ، بما ورد به من أصل ، وما ورد عليه من قيد ، ليس إلا تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات في مرحلة من مراحل تطوره : فالسلطة القضائية وتولاها المحاكم القضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية والإدارة فرع منها . وكما أن السلطة القضائية تختص بحكم وظيفتها الطبيعية بالفصل في كل المنازعات ، أيًا كانت طبيعتها إدارية أم غير إدارية ، وهو الأصل في الاختصاص ، فإن ذلك يجد حله بالنسبة للمنازعات الإدارية في عدم المساس

(١) المرجع السابق ص ١٩٤ وبعدها . ص ٢٥٦ .

باستقلال الادارة أو التعرض لأعمالها بالتأويل أو وقف التنفيذ أو الإلغاء ، وهو القيد على الاختصاص ، ولهذا يقف القضاء عند التعويض عن الأعمال الضارة منها ، احتراماً لاستقلال الادارة باعتبارها فرع من السلطة التنفيذية. ونزولاً على مبدأ الفصل بين السلطات .

وفي هذا مفرق بين النظام المصري والنظام الفرنسي ، فمجلس الدولة الفرنسي أنشئ في كنف الهيئة الادارية داخل السلطة التنفيذية ونائياً بالادارة عن المحاكم وعن السلطة القضائية ، ولهذا فانه لما استقل مجلس الدولة بالقضاء الادارى وانفصل عن الادارة العاملة ، كان هذا الانفصال انفصالاً بين هيئتين داخليتين في سلطة واحدة هي السلطة التنفيذية . ولهذا أيضاً كان مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية — وليس الفصل بين السلطات — يعبر بصدق عن الفصل بين هيئات داخلة في سلطة واحدة وليس بين سلطات مختلفة .

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد امتدت سلطته منذ مهبه إلى قضاء إلغاء القرارات ، وهو قضاء بلغه مبكراً ، وقصرت عنه نظم أخرى جاءت بعده ، كالنظام البلجيكي ودول أوروبا التي أدخلت عنه ، فان ذلك يفسر أيضاً أن مبدأ الفصل بين السلطات — التي أقامت عليه الدول الأخيرة نظامها القضائي — يفرض بطبيعته استقلالاً بين هذه السلطات تقوم في ظلاله علاقات متبادلة ضيقة ومحدودة . وذلك بخلاف الفصل بين الهيئات التي تدخل في سلطة واحدة ، فان العلاقات التي تقوم بينها تكون أكثر رحابة واتساعاً .

وإن في ولاية مجلس الدولة الفرنسي دليل صادق على ما تقدم . ذلك أنه حين نشأ كمجلس إداري استشاري يقدم الرأي إلى رئيس الدولة ، لم يكن يتقيد بقيود القضاء لزام الأعمال الإدارية ، وكان يقترح إلغاءها كلما رأى فيها مخالفة للقانون . ولم تكن الإدارة لتشعر منه بالفخاضه في ذلك ، لأنه مجلس الرئيس الأعلى ، وهذا الرئيس يملك سلطة التدخل

في أعمالها والغائها . ثم لما تحول مجلس الدولة إلى هيئة قضائية كان طبيعياً أن يستمر على الدرب ليقضى بما كان يقترحه من إلغاء . وبهذا تحول الإلغاء الإداري إلى إلغاء قضائي بعد تحول مجلس الدولة من مجلس إداري إلى قضاء إداري .

وحاصل ما تقدم أن ولاية المحاكم القضائية المصرية بالنظر في المنازعات الإدارية وحدود هذه الولاية كانت تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات في مفهومه وحدوده السائدة في ذلك الوقت ، وذلك بخلاف مجلس الدولة الفرنسي الذي كانت نشأته وولايته ثمرة لمبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية .

الفصل الثاني

المبدأ بعد إنشاء مجلس الدولة

إنشاء مجلس الدولة *

ظلت المحاكم القضائية هي قاضية القانون العام بالنسبة للمنازعات الإدارية ، تختص وحدها بالتعويض عنها ، إلى أن صدر القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة المصرى على غرار مجلس الدولة الفرنسى ، وكان إنشاء هذا المجلس ، بعد محاولات عديدة باءت بالفشل فى سنوات طويلة ، تحولاً هاماً رأى فيه البعض أعظم حادث فى تاريخ مصر الحديث ، لا يقل شأنًا عن اعلان الاستقلال ذاته (١) .

وقد اعتبر مجلس الدولة هيئة قائمة بذاتها ، ونيط به الفصل فى بعض المنازعات الادارية الواردة على سبيل الحصر والتحديد فى قوانين إنشائه ، وصارت له سلطة الإلغاء ووقف التنفيذ بالنسبة للقرارات الادارية ، وسلطة القضاء الكامل بالنسبة للمسائل الأخرى الداخلة اختصاصه .

ولما كان اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات الإدارية هو على النحو المتقدم اختصاص محصور فى مسائل محددة يعينها القانون ، فقد ظلت المحاكم القضائية صاحبة الاختصاص العام فى المنازعات الادارية ، بحيث تختص بكل ما لم يرد به نص خاص فى قانون مجلس الدولة وهو اختصاص مقصور على ما سبق بيانه ، على الحكم بالتعويضات ، دون التعرض للأعمال الادارية بالتأويل أو وقف التنفيذ أو الالغاء .

(١) د. مصطفى كامل مجلس الدولة ص ١١٤ . ويرجع فى استعراض المحاولات السابقة لإنشاء مجلس الدولة د. عبد الحميد بى تحول لجنة قضايا الحكومة إلى مجلس دولة مجلة مجلس الدولة المجلد الأول ص ٣٥ .

مجلس الدولة جزء من السلطة القضائية :

مع اعتبار مجلس الدولة هيئة قائمة بذاتها ، فقد ألحق في بداية إنشائه بوزارة العدل ، ثم تعدلت هذه التسمية مراراً مع تغير النظم الدستورية وبتعديلات تشريعية ، إذ ألحق بعد ذلك برئاسة مجلس الوزراء ، ثم برئاسة الجمهورية ، ثم بالمجلس التنفيذي ، ثم برئيس الوزراء مباشرة ، واستقر به المقام أخيراً طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٦٨ هيئة مستقلة ملحقة بوزير العدل .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن المجلس بهذا التبع قد ألحق بالسلطة التنفيذية كما هو في فرنسا (١). بل وذهب رأى في تفسير ذلك إلى أن مجلس الدولة المسمى «ألحق منذ إنشائه بالسلطة التنفيذية كما هو الحال في فرنسا وبلجيكا وغيرها . وبذلك تتكون من الوزارات المصرية وفروعها والوحدات المستقلة هيئة الإدارة العامة» ويكون القسم القضائي بمجلس الدولة «هيئة القضاء الإداري» . والهيئتان متصلتان بقدر ومنفصلتان بقدر آخر وفقاً لقاعدة الفصل بين الهيئات Séparation des autorités (٢) وإذا كان صحيحاً أن مجلس الدولة المسمى قد ألحق بالسلطة التنفيذية — وهو الحاق في معنى خاص سيرد ايضاحه — الا أننا نرى مع ذلك ، أن مكانه ليس كمكان مجلس الدولة للفرنسي ، فليس جزءاً من السلطة التنفيذية كما وأن انفصاله أو اتصاله بالإدارة العامة ليس تطبيقاً لقاعدة الفصل بين الهيئات . حقيقة أن مجلس الدولة الفرنسي وكما تردد القول هيئة قضائية خاصة ، تقوم مستقلة بجوار الهيئة الإدارية داخل السلطة التنفيذية . فهو جزء من هذه السلطة ، يرأسه رئيس الوزراء وفي حالة غياب وزير العدل وفي حالة غيابه يرأسه وكيل مجلس الدولة ، أما مجلس الدولة المصري فهو هيئة مستقلة داخل السلطة القضائية وفي القلب منها ، وإن تبعته لوزارة العدل لاتبجره من السلطة القضائية

(١) د. سليمان الطلاوي القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة ص ٦٧ د. مصطفى كامل

المرجع السابق ص ١٢٢ .

(٢) د. عثمان خليل مجلس الدولة ورقابته لأعمال الإدارة ص ٤٧ .

في الجزء منها لتدخله في السلطة التنفيذية، إذ لم يقصد بهذا التتبع إلا تعيين الجهة الإدارية التي تيسر للمجلس شئونه الإدارية لا القضائية ، والتي بتصل عن طريقها بالسلطات الأعلى ، كرئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء ومثل هذه التبعية ، قائمة أيضاً بالنسبة للمحاكم التي تتولى السلطة القضائية طبقاً للدستور ، إذ تتبع وزير العدل طبقاً لقانون السلطة القضائية - وكان يسمى بقانون استقلال القضاء - دون أن تثير هذه التبعية أية شبهة في أن السلطة القضائية قد انتقلت بدورها داخل السلطة التنفيذية وذابت فيها .

وللأهمية التي يرتبط بها بحثنا في اعتبار مجلس الدولة جزء من السلطة القضائية ، نصيف الأسانيد الآتية :

١ - جاء في تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عن مشروع أول قانون بإنشاء مجلس الدولة ما يلي « والواقع إن الإصلاح القضائي الذي سار ركبته الحديث في العهد الحاضر كل مسار ، ما كان يصحح أن يتخلف عن تناول الأداة الإدارية ، بل إن الإصلاح في هذه الناحية ضرورة يدعو إليها استكمال الدستور لبنائه ، وتوطيد أركانه . فقد كفل الدستور الحريات ، وكفالتها توجب وضع حدود للأداة التنفيذية ، تقضي على الذين استودعوا نصيباً من السلطة العامة ، أن يلتزموا حدود القانون ونواهيه (١) » .

والواضح مما ورد في بداية الفقرة السابقة من التقرير عن الإصلاح القضائي ، إن إنشاء مجلس الدولة كان منظوراً إليه كوسيلة للإصلاح في النظام القضائي وإعادة للتظيم الداخلي للسلطة القضائية ، وذلك بإنشاء هيئة قضائية متخصصة ، تقوم بجوار المحاكم الأخرى ، لتتولى الفصل في بعض المنازعات الإدارية .

(١) د. سليمان الطارقي . التصنف ص ٢٥٥ .

٢ - حين عرض مشروع قانون إنشاء مجلس الدولة على مجلس النواب ، اعترض عليه بعض النواب بدعوى عدم دستوريته ، واستناداً إلى مخالفته لنص المادة ٣٠ من دستور سنة ١٩٢٣ ، والتي كانت تنص على أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، ومقتضاها أن يكون للمحاكم العادية - وهي التي كانت موجودة عند وضع الدستور - دون غيرها حق الفصل في المنازعات غير الإدارية والإدارية على حد سواء ، فإذا جاء قانون مجلس الدولة ، وإنشأ نوعاً جديداً من المحاكم هو مجلس الدولة ، للفصل في منازعات إدارية معينة ، يكون قد أحدث جديداً لم ينص عليه الدستور . ولكن أغلبية أعضاء المجلس وافقوا على المشروع ، إذ رأوا في العبارة الواردة بالمادة ٣٠ من الدستور ، والتي نصت على أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، أنها عبارة مرنة يمكن أن تشمل المحاكم التي كانت موجودة بالفعل وقت الدستور والمحاكم الأخرى التي تنشأ بعد صدوره ، ولو كانت تنتمي إلى جهة قضائية جديدة هي جهة القضاء الإداري (١) .

وهذا يقطع أيضاً في أن مجلس الدولة يدخل في عموم عبارة المحاكم التي تتولى السلطة القضائية وإن كان جهة قائمة بذاتها مستقلة عن تلك المحاكم .

٣ - صدر القانون رقم ٦ لسنة ١٩٥٢ بتعديل قانون مجلس الدولة وتضمن فيما تضمن النص على أن الوزير العدل الحق في الاشراف على المجلس وأعضائه وموظفيه . وقد فجر هذا التعديل ثورة عارمة من الاعتراضات واجتمعت الجمعية العمومية لمجلس الدولة وأعدت مذكرة تضمنت أوجه معارضتها لأشرف الوزير على مجلس الدولة كان من بين ما جاء بها أن الاشراف الذي تريد وزارة العدل أن تبسطه على مجلس الدولة وأعضائه وموظفيه ، يتعارض مع المبادئ الأساسية للدستور وقانون

(١) د. مصطفى كامل المؤلف السابق ص ١٢١ .

مجلس الدولة . فقد قرر الدستور استقلال السلطة القضائية ، وفي الصدارة من قانون مجلس الدولة تنص المادة الأولى بأن يكون هذا المجلس هيئة قائمة بذاتها ، وإذا كان النص قد قضى بأن يلحق المجلس بوزارة العدل ، فليس في الحاقه بهذه الوزارة معنى من معاني التبعية ، بل ان هذا الالحاق إنما هو تعيين للجهة الادارية التي يتصل بها المجلس عن طريقها بالجهات والسلطات الأخرى ، فهو يلحق بوزير العدل كوحدة إدارية وليس كسلطة رئاسية .. ولا محل للاحتجاج بالنص الوارد في قانون استقلال القضاء ، وهو النص الذي يجعل لوزير العدل الاشراف على المحاكم والقضاة ، لأن هناك فرقاً جوهرياً بين القضاء العادى والإدارى في هذا الصدد . وفى القضية التي ترفع أمام القضاء الإدارى ، تكون الحكومة ذاتها أحد الخصمين ، ويطلب الخصم الآخر من المحكمة إلغاء قراراتها الإدارية ، لا الحكم بتعويض مالى فحسب . فكيف يستطيع هذا الخصم الآخر أن يطعن إلى قضائه ، وهو يعلم أن خصمه هو المشرف عليهم . أليس هذا قاطعاً فى أن الإشراف يتعارض كل التعارض مع طبيعة الوظائف التي لمجلس الدولة . على أن الجمعية ترى بعد كل ذلك ، أنه كان الأولى بدلا من إضافة النص الذى يبسط إشراف وزير العدل إلى نصوص قانون مجلس الدولة ، أن يحذف هذا النص من قانون استقلال القضاء دعماً لاستقلال السلطة القضائية » .

وقد ألقى وزير العدل بياناً فى مجلس الشيوخ بعد أن أقر هذا المجلس مشروع القانون كان مما جاء فيه وإن اشراف الوزير على المجلس إنما هو اشراف إدارى عام يراد به تمكينه من مد المجلس بالعناصر الكافية والمصالحة لأداء رسالته ، ومن أعداد مشروعات القوانين التي تكفل صيانة الحقوق فى سهولة ويسر حسبما يتكشف عنه العمل فى المجلس ، ومن تهئية ميزانيته على ضوء ما يبينه من مقتضيات حاجة العمل فيه .. وبديهي أن هذا

الإشراف لا يتعارض بحال مع استقلال القضاء ، ولا يمكن أن يعتبر تدخلا في عمله ، لأن هذا الاستقلال أمر مسلم ... ولم تكن الحكومة لتغفل عن قيام هذا الأصل ، وما كانت الهيئات النيابية السابقة بغافلة عنه إذ أقرت قانون استقلال القضاء متضمناً في المادة ٥٠ منه حق إشراف وزير العدل على المحاكم والقضاة. ذلك لأن هذا الإشراف لا ينصب إلا على إدارة القضاء ، ولا يتناول القضاء في ذاته . والمقصود بإدارة القضاء في هذا المقام ، هو إدارة مرفق العدل باعتباره من أهم المرافق العامة .. وفي ذلك يقول جارسوني «إن السلطة القضائية تباشر اختصاصاتها تحت إشراف وزير العدل .. فهو الذي يمثل السلطة التنفيذية في هذا الشطر من اختصاصاتها ويدخل في اختصاصه تنظيم جميع الجهات القضائية والإشراف عليها . إن وزير العدل لا تدخل له في السلطة القضائية نفسها ، وإن كان هو الذي يدير شئون مباشرتها ، دون أن يكون له حق القضاء بنفسه » .. أنه يبدو أن مبنى اعتراض المعارضين ، هو الخلط بين القضاء ذاته ، وإدارة القضاء . لأنه من المسلم أن القضاء في ذاته مستقل في مباشرة سلطاته القضائية ، لا يتدخل أحد في قضائه ... ومجلس الدولة لا تتنازع وظيفته مع حق الوزير في الإشراف ، فهو مكون من قسمي الرأي والتشريع ومن المحكمة الإدارية . أما المحكمة فهي لا تعدو أن تكون واحدة من جهات القضاء ، والقضاء العادي خاضع للإشراف وزير العدل كما «سبق البيان» (١) .

ومع كل هذا الخلاف حول طبيعة اللاحق والتبعية وإشراف وزير العدل ومدى أثرها في الاستقلال التام لمجلس الدولة فإن هناك اتفاقاً حملته كل تلك الآراء المتعارضة وهو أن مجلس الدولة جزء في كيان السلطة القضائية .

٤ — وإذا كان ما تقدم من أسانيد تفسيرية صاحبت وعاصرت إصدار قانون إنشاء مجلس الدولة وتعديله في سنواته الأولى ، فقد جاء

(١) يراجع بتفصيل أوفى د. مصطفى كامل . المرجع السابق ص ١٢٢ .

دستور جمهورية مصر العربية متوجهاً لها : فقد خصص الفصل الرابع من الباب الخامس للسلطة القضائية . ونص في المادة ١٦٥ منه على أن «السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف درجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون» وفي المادة ١٧٦ على أن «يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها، ويبين شروط وأجراءات تعيين أعضائها ونقلهم» . وفي المادة ١٧٧ على أن «لمجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ومختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى» .

وان الدستور بالنص الأخير لم ينشئ لمجلس الدولة مكاناً جديداً بين السلطة القضائية لم يكن له من قبل ، بل كان في ذلك مؤكداً لمكانته السابق ، مقررأ لمكانته في المرتبة الدستورية ، بعد أن كانت هذه المكانة يحوطها الشك عند البعض في استوائها عند مرتبة القانون الذي استمد منه المجلس نشأته .

ولعل الاستحداث الجدير بالتنويه حقاً ، أن الدستور وقد خول مجلس الدولة سلطة الفصل في المنازعات الإدارية ، قد خلع عليه صفة القاضي العام في هذه المنازعات ، بعد أن كانت هذه الصفة للمحاكم القضائية وظلت لها حتى بعد انشاء مجلس الدولة . واعتقد أنه لم يكن هناك من دافع إلى تقييد اختصاصات مجلس الدولة القضائية في أنواع معينة من المنازعات الإدارية إلا الرغبة في عدم إغراقه بالاختصاصات وهو في باكورة نشأته وبداية تكوينه . أما وقد رسمت أقدامه وتدعم بنيانه بقضاء شامخ طوال ربع قرن من الزمان ، فقد حق أن يسترد وظيفته الكاملة ويصبح صاحب الاختصاص العام في تلك المنازعات ، كما هو الشأن بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي بمحاكمه الإدارية . وان الأمر يقتضى بالضرورة تعديل قانون مجلس الدولة .

علاقة مجلس الدولة بسلطة قضائية بالهيئة الإدارية كفرع من السلطة التنفيذية :
تقدم الايضاح أن انشاء مجلس الدولة كان عملاً من أعمال إعادة التنظيم الداخلي للسلطة القضائية ، حقق انشاء هيئة قضائية متخصصة في نوع

معين من المنازعات الادارية : ومن ثم فليس لهذا التنظيم الداخلى للسلطة القضائية، من أثر فى العلاقات الخارجية لهذه السلطة بالسلطة التنفيذية والادارة فرع منها ، وهى العلاقات التى أرسيت على أساس مبدأ الفصل بين السلطات ، لا مبدأ الفصل بين الهيئات على النحو السابق إيضاحه فى الفصل السابق .

على أن عاملاً جديداً قد تداخل بإنشاء مجلس الدولة وتحديد سلطاته، فى تغيير التصور العام لمبدأ الفصل بين السلطات وآثاره فى نطاق العلاقات بين السلطين القضائية والتنفيذية .

فقد أوضحنا أنه تفريعاً من مبدأ الفصل بين السلطات ، تنساب فكرة استقلال السلطة القضائية فى القيام بوظيفتها الطبيعية فى الفصل فى كل المنازعات ، وأياً كانت طبيعتها إدارية أم غير إدارية ، وأن هذا الاستقلال يجد حده فى عدم المساس باستقلال السلطة التنفيذية ، وذلك بعدم التعرض لتعمالها الادارية تأويلاً أو وقفاً أو الغاء ولهذا كان يقف القضاء عند حد الحكم بالتعويض عن هذه الأعمال ، إذا ما توافرت أركان المسؤولية الإدارية ،

غير أنه بإنشاء مجلس الدولة ، ومنحه سلطة فى تأويل ووقف تنفيذ والغاء بعض القرارات الإدارية ، بدا استقلال الادارة وكأنه قد أهدر وضرب فى الصميم ، وكان هذا التصور سبباً فى الاعتراض على إنشاء مجلس الدولة ، وفى وأد المحاولات المتعددة التى بذلت لإنشائه (١) ولاريب

(١) «لم يكن هذا المشروع ينشر فى الصحف حتى ثارت عاصفة من النقد والاعتراض وصف فيها مجلس الدولة بأنه دولة فى دولة وأنه سلطة رابعة إلى جانب السلطات بل سلطة فوق السلطات وأن السلطة التنفيذية ستصبح داخله فى وصايته وأنه بما يملكه من أبطال القرارات الادارية سيخيل بالمسؤولية الوزارية أمام البرلمان وأنه سيشل مجلس الوزراء سلطته فى التأويل التشريعى التى تخولها أياها القوانين وحقه فى فض المنازعات التى تقوم بين الوزارات ويفسد أمور الموظفين واستقامة العمل فى المصالح بل أنه سيحتوى على اختصاص المحاكم وأنه ستركز فيه سلطات لم تمنح لأحد أو هيئة من قبل فانشأه من أجل ذلك مخالف للمستور » د. عبد الحميد بنوى . تحول لجنة قضايا الحكومة إلى مجلس الدولة مجلس الدولة العدد الأول ص ٣٥ .

في أنه بمنح مجلس الدولة المصري سلطاته المتقدمة في سنة ١٩٤٦ ، حقق مبدأ الفصل بين السلطات - في مصر - تطوراً ، ليلحق بمفهومه وآثاره التي بلغها من زمن ، في الدول الأخرى التي تأخذ به كبلجيكا وانجلترا وأمريكا ، والتي لم نجد في قيام السلطات القضائية بالغاء أو وقف تنفيذ الأعمال الإدارية ما يتنافر مع احتمال السلطة التنفيذية .

غير أن انهيار هذا الحد الذي كان يمثل فاصلاً بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية ، لم يترتب عليه الغاء الفواصل بينهما . ذلك أنه وإن تقدمت السلطة القضائية - ممثلة في مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري - متجاوزة الحد السابق ، إلا أنها وقفت عند حد آخر وراه لاتخطاه . وهو حد فرضه بدوره مبدأ الفصل بين السلطات . فالسلطة القضائية تختص بالوظيفة القضائية وبالتالي ليس لها أن تمارس الوظيفة الإدارية التي تدخل في صميم اختصاص السلطة التنفيذية ، وإلا كان ذلك اعتداءً منها عليها . وبهذا يمنع على القضاء الإداري مباشرة أي عمل يدخل في الوظيفة الإدارية .

هذا الحد الذي وقف عنده مجلس الدولة المصري تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ، هو بذاته الحد الذي وقف عنده مجلس الدولة الفرنسي تطبيقاً لمبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية وبغض الطرف عن أن هذا الأخير كان قدوة جديرة بأن يحتذى بها الأول ، فإن الأمر يشير مع ذلك التساؤل ، كيف أمكن توحيد الحدود ، مع اختلاف مجلس الدولة المصري في طريقه على مبدأ الفصل بين السلطات ، عن مجلس الدولة الفرنسي في طريقه على مبدأ الفصل بين الهيئات .

إن المشكلة ليست إلا ظاهرية . ذلك أنه سواء أكان الفصل بين القضاء الإداري والإدارة العاملة فصلاً بين سلطات - كما هو الحال في مصر - أم فصلاً بين هيئات - كما هو الحال في فرنسا - فإن الفصل واقع ومتحقق في الحالتين ، ومن ثم فليس غريباً أن يرتب ذات الآثار ، ويقم حدوداً واحدة في البلدين .

وهكذا فإن الاختلاف في تنظيم السلطات والمؤسسات الداخلة فيها بين فرنسا ومصر لم يربط اختلافاً في العلاقات المتبادلة بين القضاء الإداري والإدارة العاملة في كلا البلدين .

وننتقل إلى القسم الثاني للدراسة هذه العلاقات .

القسم الثاني

العلاقات المتبادلة

بين تنفيذ الادارى والادارة العامة

كان لإنشاء مجلس الدولة الفرنسي وليداً في أحضان الإدارة ، ثم تطوره
وويداً في أكتافها إلى أن اشتد ساعده فاستقل عنها دون أن ينفصل منها ،
أثراً ملحوظاً تميزت به العلاقات المتبادلة بينهما في مباشرة كل منهما لوظيفته .

ذلك أن مجلس الدولة كان في انشائه ثم استقلاله بالقضاء المفوض ،
تجربة (١) خاضعة للتقدير ، تنظر إليها الإدارة بالحذر والريبة ، بعد تجربتها
المريرة مع محاكم البرلمانات ، وفي وقت كان فيه الفكر الديمقراطي يحبو
والم ينطلق من عقالة . وكان مجلس الدولة يعمل من ناحيته على تثبيت
استقلاله ، باثبات تفهمه لطبيعة وأساليب العمل الإداري واحتياجاته ،
ووعيه بطبيعة وظيفته القضائية في انفصالها عن الوظيفة الإدارية . وكان
بما يزيد في دقة مهمة المجلس وحساسيتها أنه كان في قضائه في ظل تلك
الاعتبارات خلافاً مبدعاً ينشئ القواعد ويرسيها ، ويعمل على تحقيق
مركز متوازن بين مصالح الإدارة مع تعددها وتعقدها وتداخل عنصر
المصلحة العامة فيها ، وبين مصالح الأفراد مع أهميتها وخطورتها وتداخل
عنصر المصالح الخاص فيها (٢) .

ومع ما أحرزه مجلس الدولة من نجاح في إنشاء القواعد المنظمة للروابط
الإدارية بما يحقق مركز التوازن بين المصالح المتنازعة ، بل وفي صناعته لقانون
إداري مستقل بات بغير منازع مفخرة لصانعيه ، ومثلاً يحتذى
به أنداده في الدول الأخرى ، فإنه ظل مع تطوره على مدى قرن من الزمان
وفياً حريصاً على حدود فاصلة بين وظيفته القضائية والوظيفة الإدارية
ترسم سلطاته ، وترسم في أحكامه .

(١) وليس أدل على ذلك من أنه بعد أن أسند إليه الاختصاص المفوض سنة ١٨٤٩ استرد
منه في سنة ١٨٥٢ فقاد إلى القضاء المحجوز إلى أن أعيد إليه القضاء المفوض ثانية سنة ١٨٧٢ .
ويراجع في شأن المجموع على مجلس الدولة وآراء المتنازعة في ذلك الوقت بين النائه والإبقاء
عليه Bonnard. le controle juridictionnel de l'administration p. 158.

(٢) على مجلس الدولة أن يقيم توازناً عادلاً بين حقوق الإدارة وحقوق الأفراد
Letourneur. l'etendue du control du juge de l'excès de pouvoir .
CE Btudes et doc. 1962 Fasc 16 p. 51.

وأما الإدارة فقد كانت الأم التي تمخض عنها مجلس الدولة . ولئن شب هذا عن الطوق، واستقل عنها في ممارسة القضاء ، الا أنها ظلت بما تملكه من سلطات إدارية ، وتنفيذية ، تقف في مركز القوة . وإذا كانت قد خضعت له في منازعاتها تبعاً لنمو الفكر الديمقراطي وسيادة القانون في دولة القانون ، والنزمت بالتالي بتنفيذ أحكامه ، الا أنها لا تزال في مركز تقصر عنه يد القضاء الإداري بوسيلة من وسائل التنفيذ .

تلك صورة عامة للعلاقات المتبادلة بين القضاء الإداري والإدارة العاملة في نطاق مبدأ الفصل بينهما . احترام القضاء الإداري للوظيفة الإدارية ، واحترام الإدارة لأحكام القضاء الإداري .

أما احترام القضاء الإداري للوظيفة الإدارية ، فيتمثل في امتناع القاضى عن اتخاذ الأعمال الإدارية ، وفي امتناعه عن تقدير ملامتها تعرضها في الباب التالى كل في فصل مستقل .

وأما احترام الإدارة للأحكام الصادرة من القضاء الإداري فيتمثل في احترامها لقوة الشيء المقضى به وتنفيذ تلك الأحكام بل ومستوليها: عن عدم تنفيذها تعرضها في الباب الثانى

الباب الأول

احترام القضاء الإداري للوظيفة الإدارية

الفصل الأول

امتناع القضاء الإداري عن القيام بالأعمال الإدارية

إن رقابة القضاء الإداري لأعمال الإدارة هي رقابة قانونية تقف عند الفصل في المنازعات بانزال كلمة القانون ، والحكم بالغاء القرارات غير المشروعة ، أو اقرار الحقوق الثابتة ، أو تقرير التعويضات المناسبة . وليس للقضاء الإداري أن يجاوز هذا النطاق ، باقتحام مجالات الإدارة والقيام بعمل من أعمالها التي تدخل في صميم اختصاصها .

وتسرى هذه الحدود في قضاء الالغاء (١) كما في القضاء الكامل (٢) ذلك لأنه وإن كانت رقابة القاضي في القضاء الكامل أوسع منها في قضاء الالغاء ، إلا أن الرقابة في الحالتين تظلها قاعدة الفصل بين الإدارة والقاضي ، بما تفرضه من احترام لهذا الأخير لاستقلال الإدارة بوظائفها ، وامتناعه عن القيام بأي عمل يتصل باختصاصها . والقضاء في ذلك قديم

(١) ويقول هريو أن الحكم إنما ينصب على نقاط النزاع ومادام القرار المطعون فيه قد أنشئ فليس بعد الغائه من نزاع ولهذا فإن وظيفة القاضي في دعوى الالغاء تميز القيود التي ترد على سلطته CE 24-1-1899 Viaud , S 1899-111-105 Note Hauriou

(٢) يتبين التفرقة في القضاء الكامل بين امتناع القاضي عن التمدى على وظائف الإدارة وبين امتناعه عن الحكم عليها بغير التعويضات . فالامتناع الأول يرتد إلى مبدأ الفصل بين الإدارة والقضاء ، أما الامتناع الثاني فإنه وإن كانت قاعدته الفصل المذكورة تميزه إلا أنه يستند كذلك من قاعدته أخرى بمقتضاها أن التزامات المدين في حالة عدم التنفيذ تتمخض عن مجرد تمويل Drago op. cit. III p. 172.

ومستقر ، ونابع من قاعدة الفصل بين الإدارة العاملة والقضاء الإداري ،
وليس إلى مجرد تحديد ذاتي autolimitation من جانب القضاء (١)

ونعرض فيما يلي للحالات التي يمرى فيها الحظر والحالات التي تشبه
بالحظر وحالات أخرى تخالف الحظر.

البحث الأول

حالات الحظر

الامتناع عن إصدار الأوامر والنواهي للأداة العاملة :

إن القضاء الإداري لا يقف من الإدارة العاملة على درجة من درجات
السلم الرئاسي ، وهو في رقابته القانونية على أعمالها لا يمارس سلطة رئاسية ،
ولهذا يمتنع على القاضي أن يضمن حكمه أمراً إلى الإدارة بالقيام بعمل
أو سلباً عن عمل ، صريحاً كان ذلك أم ضمنيّاً ، والا تجاوز سلطته إلى
ما فيه اعتداء على سلطة الإدارة .

ومحل الأمر أو النهي يكون دائماً عملاً مادياً تنفيذاً على ما سنوضحه
في البند الثاني عند التفرقة بين إصدار القاضي للأوامر وبين حلوله محل
الإدارة في عمل من أعمالها .

وترتيباً على ذلك لا يجوز للقاضي أن يصدر أمراً إلى الإدارة بإعادة
موظف إلى عمله (٢) أو بتسليم سيارة (٣) أو بتنفيذ قرار بالإبعاد (٤)
أو بإخلاء عقار (٥) .

(١) يرى فيدل أن الأمر يتعلق بتحديد ذاتي من جانب القضاء 478 Vedel op. cit.
بينما يريده آخرون إلى مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية

Drago op. cit. III p. 148 Waline op. cit. p. 266

Appleton op. cit. p. 97

CE 29-4-936 Dame Rouaix R. p. 4⁵ (٢)

CE 30-4-1947 Mus p. 674 (٣)

CE. 15-6-1953 Fricker R. p. 293 (٤)

CE. 27-1-933 Le Loir S^o 933-3-132 (٥)

ومن تطبيقات ذلك الحظر في القضاء المصرى ، ما قضت به محكمة القضاء الادارى من أنه إذا كان الطلب ينطوى على صدور أمر للجهة الادارية بعمل شئ معين ، فان المحكمة لا تملكه إذ أن اختصاصها قاصر على إلغاء القرارات الادارية المخالفة للقانون ، أو تسوية المراكز بالتطبيق لهذا القانون ، ومن ثم فان طلب المدعى وضعه على درجة ، وهو من الخدمة الخارجين عن الهيئة غير المؤهلين ، يكون خارجاً عن اختصاص هذه المحكمة (١) كذلك لا تملك المحكمة أن تصدر أمراً الى وزارة المعارف العمومية بالاعتراف بالشهادة المقدمة من المدعى ، لخروج ذلك عن ولايتها القضائية ، التى لا تتعدى إلغاء القرارات الادارية المخالفة للقانون دون إصدار الأوامر للإدارة (٢) .

كما قضت محكمة القضاء الادارى بأنها ليست من هيئات الإدارة العاملة ، فلا تملك أن تصدر أوامر إدارية ، ومن باب أولى تقوم مقام الإدارة فى اتخاذ إجراء معين ، ومن ثم فلا وجه للحكم بما طلبه المدعى فى الشق الثانى من دعواه الخاص باعادته إلى الخدمة بالديوان العام لمصلحة الحدود حتى بلوغه سن الستين ، ولو أن هذا الطلب هو النتيجة الطبيعية لإلغاء قرار الإحالة الذى يتعين على الإدارة احترامه والأخذ بموجبه (٣) . وبالمثل فان المدعى إذ ضمن طلباته الزام وزارة الداخلية باعادته إلى عمله ، يكون قد طلب أمراً لا تختص محكمة القضاء الادارى به ، ما دام اختصاصها بمقتضى قانون إنشائها مقصوراً على إلغاء القرارات الادارية التى تقع مخالفة للقانون ، فيمتنع عليها تبعاً لذلك أن تصدر أمراً إلى جهات الإدارة العاملة باجراء شئ معين بذاته (٤) .

(١) ١٠٢٩٠٥/١٢/١ ص ٥٧ مراجع ٢٢ ص ١٠٤٥

(٢) ١٨٨ ص ٨٢

(٣) ٩٤٧/٥/٢٨ مجموعة حر ص ٣٦٥ رقم ٢٨

(٤) ٩٤٩/١/١٥ ص ٢٢٠

وعلى ذلك تنحصر سلطة القضاء الإدارى عن إصدار الأوامر إلى الإدارة بالقيام بعمل أو امتناعاً لاستقلالها بوظائفها

وفى رأينا أنه ينبغى التفرقة فى الأمر بعمل بين حالتين : الأولى لا يرتبط فيها هذا العمل بحكم الغاء كإثره الحتمى مباشر له ، كطلب الحكم على الإدارة بتسليم موقع لتنفيذ أعمال متعاقد عليها أو إزالة عمل ضار ، ففي هذه الحالات تكون طبيعة الأمر بهذا العمل ظاهرة وخالصة بغير شبهة ، ويكون القضاء ضائياً فى مسلكه بالامتناع عن إصدارها ، بل إنه يحكم فى هذه الحالات بعدم اختصاصه بنظر الدعوى المتضمنة لمثل ذلك الطلب .

أما الحالة الثانية ، وفيها يرتبط العمل بحكم صادر بالغاء قرار ، ويكون هذا العمل فى حقيقته أثراً حتمياً ومباشراً لحكم الالغاء ، كالحكم بالغاء قرار فصل موظف فان من أثره الحتمى المباشر التزام الإدارة بإعادته إلى عمله ، (١) وهذه الإعادة هى مجرد عمل ماضى تنفذى لحكم الالغاء ، والحكم بالغاء قرار نقل موظف ، فان من أثره الحتمى المباشر التزام الإدارة بإعادته إلى وظيفة التى نقل منها (٢) وهى بدورها عمل ماضى تنفذى . والحكم بالغاء قرار اعتقال شخص من أثره الحتمى المباشر التزام الإدارة بإطلاق سراحه ، وهو كذلك عمل ماضى تنفذى . فى مثل هذه الحالات وغيرها من القرارات الإيجابية (٣)

(١) وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا أنه وإن كان القرار الملغى صادراً بالتسريح استتبع الغاءه قسائلاً بحكم الزوم إعادته المضى كما كان فى وظيفته التى كان يشغلها عند تسريحه بمرتبتها ودرجتها كما لو لم يصدر قرار بالتسريح « ٩٦٠/٤/٢٦ ج مجموعة العشر سنوات ص ٩٦١ كذلك فان النتيجة الطبيعية التى تترتب على صدور الحكم بالغاء قرار فصل موظف عام ... أن تباد الحال إلى ما كانت عليه . وتنفيذ هذا الحكم يقتضى إعادته الموظف الذى حكم بالغاء قرار فصله إلى ذات وظيفته « ٩٥٣/١٢/٢٨ م ٢ ص ٣٣٧

(٢) وقد قضت محكمة القضاء الإدارى بأن التنفيذ الصحيح للحكم الصادر بالغاء قرار نقل موظف يقتضى لزوماً إعادته إلى وظيفته الأولى بالذات احتراماً للأثر القانونى المترتب على حكم الالغاء وهو اعتبار القرار الملغى كأن لم يصدر أصلاً فيعود المضى بناءً على ذلك إلى مركزه القانونى الأول فيرد إلى وظيفته كما كان « ٩٥٢/٦/١٩ م ٦ ص ١٢٣٨ .

(٣) سرى فى الفصل الثانى من الباب الثانى عند تناول صور التنفيذ أن ألقاها القرارات =

التي يؤدي الغاؤها إلى هدمها بأثر رجعي يرتد إلى يوم صدورها حتى سميت هذه الرجعية بالرجعية الهادئة ، وتلتزم الإدارة تبعاً لذلك باتخاذ الأعمال المادية لإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدورها ، بإعادة الموصول إلى الخدمة ، وإعادة المنقول إلى وظيفته ، وإطلاق سراح المعتقل ، في هذه الحالات وغيرها ، فإن الحكم بهذه الآثار تبعاً للحكم بالإلغاء ، ليس إلا تحديداً للالتزامات الإدارية المترتبة كأثر حتمي ومباشر على حكم الإلغاء . وليس في هذا التحديد تجاوز لحدود القاضي في وظيفته ، لأن آثار الحكم بالإلغاء هي جزء مكمل لحكم الإلغاء ذاته ، ولا تنفصم عنه . وكما أنه يتعين على القاضي أن يحدد مدى الإلغاء ونطاقه وما انصب عليه - وتلك من المسلمات - فلا غضاضة في أن يحدد أيضاً آثاره الحتمية المباشرة المترتبة عليه لزوماً ، والتي تمثل التزاماً في جانب الإدارة تحقق بذات الحكم (١) . كذلك ليس في هذا التحديد من جانب القاضي جور على سلطة الإدارة ، إذ ليست لها من سلطة تقديرية في تحديد التزاماتها الحتمية المترتبة على الحكم ذاته ، حتى أن خطأها فيه يرتب مسئوليتها عنه (٢) . والقول بغير ذلك يجر إلى التسليم بأن للإدارة سلطة في تقدير الحكم ذاته (٣) وهو ما لا يجوز التسليم به.

== الإيجابية كالتى أشرنا إليها يرتب التزاماً في جانب الإدارة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه وهو دائماً عمل ماضى . يمكن إلغاء القرارات السلبية أو الاستثنائية كإلغاء قرار تخطي في الترقية أو رفض إصدار ترخيص فإن الإلغاء في هذه الحالات يرتب كذلك التزاماً في جانب الإدارة بإصدار القرار الذى امتنعت عن إصداره .

(١) وفي ذلك يقول د. عبد المنعم جبره أن إزالة الأثر القانوني للقرار الملغى تتحقق تلقائياً بمقتضى حكم الإلغاء (رسالته في آثار حكم الإلغاء ص ٣٥٠) وأن ثمة التزاماً على عاتق الإدارة بضروره القيام بجميع الأعمال اللازمة لإزالة الأثر المادى القائم للقرار الملغى كإعلاء المدين أو الإفراج عن الموارن أو تسريح المحند (رسالته ص ٣٥٥) يراجع كذلك د. إبراهيم شحاته إذ يقول حيث يقتصر الأثر الرجعي - لحكم الإلغاء - على المخدم فإنه يتحقق بذات الحكم (الآثار الإيجابية للأحكام الصادرة بإلغاء الترقيات مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٦٠ ص ٢٦٥).

(٢) سزید الامر تفصيلاً في الفصل الثاني من الباب الثاني الخاص بتنفيذ الأحكام .

(٣) وتؤكد المحكمة الإدارية العليا قيام التزام في جانب الإدارة بالنسبة لهذه الآثار المادية حين نقول وفالأثار الواقعية التي تنشأ من أحكام إلغاء يجوز بحكم ترتيبها الحتمى ولزومها العقل أن يتسلك بها أو لوالشان في طلب إلغاء قرار آخر مادامت هذه النتائج المحتمة يتعين على الإدارة احترامها بل انفاذاها من تلقاء نفسها كتجربة لحكم الإلغاء ٩٦٤/٦/٢١ ع مجموعة العشر سنوات ص ٦٦٠.

وأما عن سلطتها التقديرية في اختيار وسائل تنفيذ الحكم ، فهي سلطة قائمة بغير جدال لا يحسمها الحكم الذي لا يتعدى تحديد التزامها في التنفيذ ، ويترك لها فيها وراء ذلك تقدير الوسائل المناسبة لهذا التنفيذ . كذلك لا يطوى تحديد التزامات الإدارة بحكم الإلغاء أمر أبعمل ، لأن حكم الإلغاء لا يطوى هذا الأمر ، إلا إذا صدر متضمناً إعادة الموظف المقصود إلى عمله مثلاً ، إذ عندئذ تقوم صفة الأمر ، وهو ما لا يفصله أو نذهب إليه . وإنما نرى أن يصدر الحكم بالإلغاء وباللزام الإدارة بإعادته إلى عمله . والفرق واضح بين الحالتين . فتحديد التزام الإدارة بفعل يختلف عن أمرها بهذا العمل ، سيما وأن هذا الالتزام متحقق بذات الحكم ، ومن ثم فإن لإيراده صراحة فيه ، لا يختلف في طبيعته عن السكوت عنه لا متخلاه منه ضمناً .

ومع ذلك فإن القضاء مستقر على عدم تحديد آثار الحكم ، باعتباره منطقياً على أمر للإدارة التي لها أن تستخلص بنفسها هذه الآثار ، وتتولى تنفيذها لإعمالا لقوة الشيء المقضى فيه .

وفي هذا يختلف اتجاه القضاء عن اتجاهه في دعاوى الاستحقاق أو ما تسمى بدعاوى التسويات ، وفيها لا يتردد القضاء في الحكم للموظف بأحقية في تسوية حالته في درجة معينة من تاريخ معين ، أو برد أقدميته إلى تاريخ بذاته ، أو باستحقاقه لبدل مقرر ، أو علاوة معلومة ، دون أن يتخرج في ذلك لما ينطوى عليه حكمه من إصدار أوامر للإدارة بأجراء تلك التسوية . وإذا كان صحيحاً أن تلك التسويات هي مجرد أعمال تنفيذية ، تهدف إلى مجرد تطبيق القانون على حالة الموظف ، وتوصيل ما نص عليه القانون إليه ، فكذلك التزام الإدارة بإعادة الموظف إلى عمله تنفيذاً لحكم إلغاء قرار فصله ، هو عمل تنفيذي يهدف إلى مجرد تنفيذ حكم الإلغاء — بما له من قوة ملزمة تشبه القوة الملزمة للقانون — وتوصيل ما قضى به إليه . ولهذا كان خطيقاً بالقضاء ألا يتخرج عن الحكم به تنفيذاً لحكم الإلغاء ، كما لم

يتخرج عن الحكم بالتسويات تنفيذاً لحكم القانون (١).

الامتناع عن الحلول محل الادارة في عملها :

كذلك لا يجوز للقاضي أن ينصب نفسه مكان الادارة ، فيحل محلها ويقوم بعمل من أعمالها يدخل في صميم اختصاصها . فلا يملك أن يمارس السلطة اللائحية التي تملكها الإدارة باصدار قواعد لائحية ، كما لا يملك إصلاص قراراتها المعيبة ، أو تعديلها ، أو ترتيب آثار حكم الإلغاء باصدار قرار جديد بدلا من القرار الملغى ، أو إصدار قرارات في حالة امتناع الإدارة عن إصدارها ، أو تعديل العقود الادارية أو تصحيحها إذا ما تضمنت شروطاً باطلة . وإنما تقف سلطته عند حد إلغاء القرار الباطل ، أو تقرير الحقوق المتنازع عليها ، أو ترتيب التعويضات عن الأضرار .

وحالات حلول القاضي محل الادارة هذه تختلف عن حالات إصدار الأوامر السابق استعراضها في البند السابق . ورغم ما درج عليه الفقه عادة من عدم التفرقة بينها ، فإن ثمة فاصلاً حاداً يميز في نظرنا بين تلك الحالات . ومعيار التفرقة بينها يرجع إلى محل عمل القاضي ، فإن كان محل عمله مادياً

(١) أن التزام الادارة بالأحكام يثب التزامها بالقانون . حتى سويت مخالفة الأحكام بمخالفة القانون من حيث اعتبارها وجهاً من وجوه العلم

Alibert: Controle juridictionnel de l'administration p. 302

وقد ذهب البعض في ذلك إلى أن الحكم هو بمثابة تفصيل خاص للقانون كما ينطبق على الوقائع فهو بهذه المثابة سند قانوني خاص بالواقعة المحكوم فيها فهو يملو القانون بسبب هذا التخصيص وبالتالي يفوق في قوته سائر الأدوات القانونية من القوانين والقرارات الجمهورية والوزارية وما هو أدنى منها (د. مصطفى كمال وصفي . أصول اجراءات القضاء الاداري . الكتاب الثاني ص ٢٢١ وحسين أبوزيد . الحكم بالإلغاء حقيقته وآثاره وتنفيذه . مجلة مجلس الدولة السنة الثالثة ص ١٦٥ ، وذهبت المحكمة الادارية العليا إلى تسوية الأحكام بالقواعد التنظيمية العامة من حيث وجوب احترامها إذ قضت بأن واستقرار الأوضاع الادارية وعدم زعزعتها يحد حسمها بأحكام نهائية حازت قوة الشيء المقضي به بمثابة القاعده التنظيمية التي يجب النزول عليها ٩٥٨/١/١٨ ص ٣٤ ص ٦٠٨ .

تنفيذاً كإعادة موظف مفصول أو إطلاق سراح معتقل ، كان أمراً صاعداً إلى الإدارة بالقيام بهذا العمل . وإن كان عمله قراراً إدارياً بتعيين موظف مثلاً أو ترقية أو إصدار ترخيص ، كان حلولاً منه محل الإدارة في سلطاتها واختصاصها بإصدار القرارات الإدارية .

وتطبيقاً لما تقدم لا يستطيع القاضي أن يصدر حكماً بتعيين موظف (١) أو تعديل تاريخ تعيينه (٢) أو تقرير خطأ وظيفة (٣) أو تحديد الشخص الراسي عليه المزداد (٤) أو الترخيص بإحلال ملتزم محل آخر (٥) أو طرح عملية في المزداد بدلا من الممارسة (٦) أو مراجعة فئات التزام (٧) أو إصدار لائحة (٨) .

ومن ذلك أيضاً ما قضت به المحكمة الإدارية العليا من أن « هذه المحكمة لا تملك في منازعات الترقية إلا إلغاء التخطي عند الاقتضاء . والمدعى لا يقبل بالتخطي ولا يدعيه بالنسبة إلى قرار الترقية موضوع دعواه ، وإنما يطلب ترقية إليها عوضاً عن الدرجة الرابعة الكتابية ، وكلا الأمرين يخرج عن سيطرة هذه المحكمة ، وعما يجوز أن تلزم به جهة الإدارة ، لأن مهمتها مقصورة على إلغاء القرارات الإدارية دون تعديلها ، ولأنها لا تملك الحلول محل الإدارة في إصدار قرار الترقية ، ولا إلزامها باتخاذ إجراء يقتضيه مثل هذا القرار (٩) . كذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري

CE 24—12—1926 Bondine R.P. 1153 (١)

CE 30—5—1945 Boitard p. 109 (٢)

CE 16—5—1941 Honarat p. 85. (٣)

CE 14—2—936 Soc. Cooparalive de l'Etat p 200 (٤)

CE 23—7—937 Soc. le Centre Electrique R. p. 772 (٥)

CE 23 — 11—934 Syndicat des Contribuables — p. 1099 (٦)

CE 14—1—955 Soc. La fusion degaz R.p. 25 (٧)

CE 25—3—1931 Rochemont R p. 343 (٨)

(٩) ١٣٤٧ ج ٩ ص ٩٦٤/٦/٢٨ .

من «أن القانون إذ خول هذه المحكمة سلطة إلغاء القرارات الادارية المخالفة للقانون» ، قد جعل منها أداة لرقابة تلك القرارات قضائياً في الحدود التي رسمها ، دون أن يجعل منها هيئة من هيئات الإدارة . وهذه المثابة ليس للمحكمة أن تحمل عملها في إصدار أى قرار ، أو أن تأمرها بأداء أى عمل معين أو بالامتناع عنه (١) لهذا أيضاً فإنها لا تملك الحكم « باعتبار طالبه ناجحة في امتحان النقل من السنة الأولى للسنة الثانية ثم السماح لها بامتحان النقل من السنة الثانية للثالثة ومنها إلى الرابعة » ، إذ أن هذين المطلبين هما من صميم اختصاص الجهات الادارية ذات الشأن ولا تملك المحكمة أن تحمل عملها في ذلك مهما يكن أمر الاسانيد المقدمة (٢) .

كذلك قضت بأنه «لا جدال في أن محكمة القضاء الادارى لا تملك إصدار قرارات بتكليف جهة الادارة بأمر معين ، كما لا تملك من باب أولى أن تحمل عملها في إصدار مثل هذه القرارات ، وبناء على ذلك يعتبر طلب المدعى باعتبار ثقافته العملية معادلة للمؤهلات العالية ، وهو في الواقع مبنى الدعوى خارجاً عن اختصاص المحكمة ما دام التصرف في ذاته بما يدخل في وظيفة جهة الادارة (٣) » .

وبالمثل فانه «إذا كان الثابت أن قرار مجلس الكلية بالموافقة على تعيين المدعى في وظيفة مدرس إنما صدر في .. ووافق عليه مجلس الجامعة في .. ، وصدق عليه وزير التربية والتعليم في .. فان هذا القرار هو الأداة التي أنشأت المركز القانوني في التعيين في تلك الوظيفة ، ولا يملك للقضاء الادارى تعديل هذا المركز بارجاع التعيين إلى تاريخ تسلم العمل ، لأن ذلك يكون تعديلاً للقرار يخرج عن ولايته (٤) » .

(١) ١٧/٥/٩٥٠ م ص ٨٠١

(٢) ١٥/٦/٩٤٨ م ص ٧٨٥

(٣) ٢٨/١/٩٤٨ م ص ٢٩٧

(٤) ٢٧/١٢/٩٥٨ م مجموعة السنوات العشر ص ٣٥٧ .

وعلى عكس ذلك فإن القضاء إذ اعتبر أن تخفيض درجة الكفاية لم يكن له مبرر من الواقع أو القانون فإنه لا يكون قد أحل نفسه محل السلطة الإدارية فيما هو من شئونها (١)

هذا ولا تتقيد المحكمة بوصف الطلبات كما أوردتها المدعى في دعواه وإنما تعطيها وصفها القانوني السليم لترتب عليها حكم القانون . وعلى ذلك فإنه وإن كان المدعى قد رفع دعواه بطلب الزام الإدارة بتعيينه في وظيفة معينة ، إلا أنه لم يقصد بذلك إحلال المحكمة محل الإدارة العاملة في شأن من شئونها الخاصة ، بل انه يهدف في عموم طلباته إلى الطعن في إجراء معين خولفت فيه قاعدة تنظيمية وضعتها الوزارة للترقية إلى وظيفة مفتش بالمدارس الابتدائية أو مدرس أول بالمدارس الثانوية .: وهذا من الأمور التي تختص بها المحكمة (٢) وبالمثل فإنه إذا كان المدعى لا يقصد أن يحل المحكمة محل الإدارة في إصدار أمر هو من وظيفتها ، وإنما يهدف في عموم دعواه إلى إلغاء القرار الإداري بالامتناع عن تسوية حالته بوضعه في الدرجة الأولى فمن ثم يكون الدفع بعدم الاختصاص في غير محله متعيناً رفضه (٣).

ومن رأينا أنه ينبغي التفرقة بين حالتين تماماً كما سبق لنا التفرقة في حالات إصدار الأوامر ، حالات لا ترتبط بحكم الغاء وأخرى ترتبط بها . ففي الحالات التي لا ترتبط بحكم الغاء ويقتصر طلب المدعى على تعيينه في وظيفة أو ترقيته إلى وظيفة أو الترخيص له بحمل سلاح مثلا ، فإن مثل هذا الطلب يتضمن في حقيقته إصدار قرار بالتعيين أو الترقية أو الترخيص ، ويكون القضاء صائباً في رفض هذه الطلبات ، بل والحكم بعدم اختصاصه بنظرها ، وإلا يكون قد أحل نفسه محل الإدارة في إصدار قرارات تدخل في صميم وظيفتها الإدارية ، وتستقل وحدها بتقدير ملائمة إصدارها .

(١) ٩٦٤/١٢/١٩ ج مجموعة السنوات المشر من ١٨١٧ .

(٢) ٩٥٣/٦/١٥ ج ٧٢ ص ١٥٤٨

(٣) ٩٥٣/٥/٦ ج ٧٢ ص ١٠٨١ .

أما في الحالات الأخرى التي يرتبط بها الطلب بإلغاء قرار، فإن الوضع يجد مختلفاً. فالحكم بإلغاء قرار فيما تضمنه من تخطي مرشح في التعيين أو في الترقية، يرب أثره مباشراً وحتمياً بتعيين أو ترقية من تخطى فيها (١) وكذلك الشأن في كل القرارات السلبية أو الامتناعية المماثلة كرفض إصدار ترخيص، فإن إلغاءها يرتب على عاتق الإدارة ليس فحسب واجباً مادياً يتمثل في حظر الاستمرار في الرفض أو الامتناع، بل وواجباً إيجابياً يتمثل في إصدار القرار الذي رفضت أو امتنعت عن إصداره والذي يجب أن يصدر بأثر رجعي وهو ما يسمى بالأثر البناء (٢).

ومنى كان التزام الإدارة بإصدار قرار بالتعيين أو بالترقية أو بالترخيص في مثل هذه الحالات، هو أثر حتمي ومباشر لحكم الإلغاء، فإن تحديد هذا الالتزام بحكم الإلغاء ذاته لا يشكل حلاً من القاضى محل الإدارة في عملها. ذلك لأن تحديد آثار الحكم، ليست من الأعمال الإدارية البحتة التي لا يجوز له التدخل فيها، بل الأمر في ذلك عكسياً، لأن تحديد أثر الحكم هو جزء مكمل للحكم ذاته، ومتصل به اتصال الأثر بالمؤثر، والسبب بالمسبب، ولا يختلف عنه في طبيعته القضائية، حتى أن خطأ الإدارة في استخلاص هذا الأثر - في حالة عدم تحديده - يعتبر خطأ قانونياً موجباً لمسئوليتها (٣).

على أن تحديد الحكم لالتزام الإدارة بإصدار القرار الذي امتنعت

(١) ٦٧٠/٧/٢ ع المرسومات ص ٦٧٤ حيث قضت المحكمة بأن إلغاء الأمر الجمهوري فيما تضمنه من ترك المدمى في الترقية إلى وظيفة وزير مفوض من الدرجة الأولى .. مدد ذلك التزام الوزراء باعتباره مرق إلى وظيفة وزير مفوض من الدرجة الأولى وكذلك ٦٤/٢١/٢١ ع المجموعة السابقة ص ٦٦١.

(٢) د. سليمان الطاوي القرارات الإدارية ص ٥٦٢، د. إبراهيم شحاتة مقاله السابق ص ٢٦٤، د. عبد المنعم جبره رسالته ص ٣٥٢ واستمالج ذلك بتفصيل أوفى في الباب الثاني عند دراسة التزامات الإدارة بتنفيذ الأحكام ..

(٣) وقد قضت محكمة القضاء الإداري ولا وجه لما يذهب إليه المفوض في تقريره من أن الخطأ اليسرى تفسير القانون لا يوجب التعويض لأن الأمر هنا لا يتعلق بخطأ في فهم القانون إذ أن القانون يوجب تنفيذ الأحكام ولا تحتل هذه القاعلة أى غشوض في تفسيرها ٦٣٠/٦/١١١٢٠٧ ص ٦٣٠

عن إصداره ، لا يعنى بدهاءة أن هذا القرار قد صدر بالحكم ، بل ينبغى أن تتدخل الادارة باصدار هذا القرار ، وهو قرار إدارى بالمعنى الدقيق ينشئ المركز القانونى محل الالتزام . فالحكم بالغاء قرار تخطئ موظف والالتزام الادارة بترقيته ، لا يعنى أن الموظف قد رقى بمقتضى الحكم ، أو نشأ له مركز فيها ، إذ الترقية من الأعمال الإدارية التى لا ينشأ المركز القانونى فيها الا بقرار إدارى تصدره الجهة الادارية المختصة ، ولا يجوز للتقاضى أن يحل محلها فى إصداره ، وإنما يقتصر أثر الحكم على تحديد التزام الإدارة باصداره باعتباره أثراً حتمياً لحكم الالغاء ، ولتتولى هى إصداره فيتولد به وحده المركز القانونى فى الترقية . (١)

وإذا كان تحديد الحكم لالتزام الإدارة باصدار القرار الذى امتنعت عن إصداره ، لا يتضمن حلولاً محلها فى إصدار هذا القرار ، فإنه لا يعطل

(١) ويرى جيز أنه إذا التى قرار صادر من الادارة بالرفض كرفض إصدار خط التنظيم فإنه يترتب على هذا الغاء التزام الادارة قانوناً باتخاذ القرار الذى رفضت إصداره ولكن لاستطيع المحكمة أن تتخذ هذا القرار

De la verité legale attahée par la loi à l'acte juridictionnel R.D.P. 1913—447

ويرى هريو أنه من الأفضل أن يكون حكم الالغاء متجهاً بذاته للأثار القانونية الحتمية وأنه لاجلوى من انتظار قرار جديد يحقق النتائج المترتبة سناً على إلغاء القرار الأول. وذهب إلى أن الغاء القرار الصادر من الادارة بالرفض يترتب الاجازة قانوناً بشرط أن تخلو الدعوى من أية مسألة تتوقف على تقدير الادارة

C.E.5—2 — 909 S 1912 — 3—17 Note Hauriou

ويرى ديفرو أن المعنى فى دعوى الالغاء لا يستهدف الالغاء فى ذاته وإنما يبين نتائج هذا الالغاء وما يستتبعه من احادته تسوية الأوضاع وفقاً لمقتضيات الشريعة . وبذلك فإنه لو طرأ القاضى الوسيطة فى خسة النرض لما تردد فى تقرير نتائج وآثار الالغاء . وانه مما يتفق مع طبيعة الأدياء أن تفصل بين الالغاء وآثاره وأن تقر أعدام القرار ورفض تقدير ما يترتب على ذلك بالضرورة على ذلك الالغاء . إن ذلك يعنى الوقوف بوظيفة التقاضى فى منتصف الطريق دون الوصول بها إلى غايتها كطاع الأشجار الذى يمتد الشجرة ولكنه يرفض إسقاطها تاركاً ذلك لمواصف الشتاء

Rivero : Le systeme francais de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits. Melanges Jean Dabin t 11 p. 813

سلطانها التقديرية في تنفيذ هذا الحكم ، بل وفي تقدير آثاره غير المباشرة وغير الحتمية ، إذ تظل سلطانها هذه قائمة في اختيار وسائل التنفيذ وتقدير الآثار غير الحتمية للحكم . ففي المثال السابق تملك الادارة الاختيار بين عدة وسائل لتنفيذ الحكم ، فقد ترى ترقية الموظف الذي ترك في دوره على درجة خالية ، وقد ترى إلغاء ترقية من تخبطه لترقيته على درجته ، وقد ترى إنشاء درجة جديدة لترقيته عليها . (١)

هذا وإن التزام الإذارة باصدار القرار الذي رفضت أو امتنعت عن إصداره كنتيجة حتمية لأثر الحكم بإلغاء قرار الرفض أو الامتناع ، يسرى بالنسبة إلى كل القرارات ، وسواء أكانت تصدر في الأصل عن سلطة مقيدة أم عن سلطة تقديرية . فأما عن الأولى فالأمر فيها واضح ، وأما عن الثانية وهي القرارات التي تصدر عن سلطة تقديرية ، فإن الحكم بإلغائها يقطع في أن رفض إصدارها أو الامتناع عنه كان عملاً غير مشروع ، ومن ثم يرتب التزاماً على الادارة بعدم معاودة الامتناع أو الرفض — وهو الالتزام السلبى — كما يرتب التزاماً آخر إيجابياً باصدار القرار الذي امتنعت عن إصداره بالمخالفة للقانون وقد سبق بيان ذلك (٢) . غير أن هذا الالتزام لا يقوم الا إذا كان حكم الإلغاء مبنياً على أسباب موضوعية . أما إذا بنى حكم الإلغاء على أسباب شكلية ، فإن الإدارة تسترد بعد الحكم بإلغائها

(١) وفي ذلك يرى جيليان أن تنفيذ الأحكام الصادرة بالإلغاء يستتبع إصدار قرارات إدارية تتمتع الادارة بشأنها بقدر من السلطة التقديرية مما يجعلها أقدر من غيرها على بحث ملامسة إصدار هذه القرارات

Guillien. Administration et juridiction Cours doctorat Caire 1953 p. 213.

عن رسالة د . عبد المنعم جيرة . ص ٣٢٣ وما بعدها
وتعقيباً على رأى جيليان الأخير نقول أنه ليس للادارة من سلطة في تقدير التزامها المترتب على الحكم وإنما تنور سلطانها التقديرية في وسائل تنفيذها لهذا الالتزام وهو ما يلبسه الحكم .
(٢) وقد أخذت بذلك المحكمة الإدارية العليا خاصة بالنسبة إلى قرارات التعيين والترقية وهي تصدر بحسب الأصل — عن سلطة تقديرية . ففقت في الكثير من أحكامها بأن الحكم بإلغاء قرار تخفى في التعيين أو الترقية يرتب التزاماً على الادارة بتعيين أو ترقية من تخفى في دوره وسيرد تفصيل ذلك في الباب الثانى .

في إعادة إصدار القرار الملغى ، بعد مراجعة قواعد الشكل أو الاختصاص التي كانت مخالفتها سبباً في إلغاء قرارها الأول . ولهذا فإن حكم الإلغاء لا يرتب في مثل هذه الحالات أثراً حتمياً بالتزام الإدارة بإصدار القرار الذي امتنعت عن إصداره .

وعلى مدى ما تقدم فإن تحديد الآثار الحتمية المباشرة لحكم الإلغاء ، والتي تتمثل في التزام الإدارة بإصدار القرار الذي امتنعت عن إصداره ، هو عمل مكمل للحكم ذاته ومن طبيعته ، ولا يحمل حلولاً من القاضي محل الإدارة ، كما أنه لا يحس سلطة الإدارة في إصدار القرارات ، أو في تقدير الرسائل الكثيرة بتنفيذ التزاماتها المترتبة على الأحكام (١) . وإذا كان قضاءنا الإداري قد جرى منذ نشأته على أن يقرن حكمه بالإلغاء بعبارة « وما يرتب على ذلك من آثار » فليس من شائبة بعد ذلك في أن يحدد ما يكون من هذه الآثار حتمياً ومباشراً .

أما ما يقال من أن تحديد تلك الآثار الحتمية يثير المشكلات ولا يحقق فائدة (٢) فأمر يدعو إلى التأمل . ذلك لأن عدم تحديد تلك الآثار ، يفتح بطبيعته باب الاجتهاد والخطأ في استعمالها ، ويؤدي بالتالي إلى قيام منازعات جديدة

(١) اقترنت الحكمة من وجهة النظر هذه في أحد أحكامها قضت فيه بأنه « إذا كان القاضي الإداري لا يملك أن يحل محل الإدارة في إجراء ما هو من صميم اختصاصها إلا أنه يملك أن يمشي على تصرف الإدارة من الناحية القانونية وأن يبين حكم القانون فيما هو متنازع عليه من ذوي الشأن فيضع الأمور في نصابها القانوني الصحيح وهذه المشاية أن يبين من هو الأول قانوناً بالترشيح للترقية وإذا ما أبان ذلك فليس معنى هذا أنه حل محل الإدارة في ترقية بل مفاده تنبيه الإدارة إلى حكم القانون لتجرى الترقية بقرار منها على هذا الأساس وإلا كان قرارها على خلاف ذلك مخالفاً للقانون ١٧/١٠٩٩٠٩ ع/٢٨ » وإذا كان هذا الحكم يصور انهماكاً عاماً لها إلا أنها مادت وبعد أن أوضحت في أحد أحكامها أنه ليس من أثر الحكم اعتبار من صدر لصالحه مرقى بذات الحكم أضافت أنه « وليس للمحكمة أن تلزم جهة الإدارة بإجراء الترقية في وقت معين مهما وجد من الدرجات الشاغرة » وسوف نمود إلى هذه النقطة بتفصيل أوفى في الفصل الثاني من الباب الثاني الخاص بتنفيذ الأحكام .

(٢) *Weil : Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir 1952 p. 62.*

ود. إبراهيم شحاته مقاله السابق ص ٢٦٥ وهو يرى في تحديد القاضي لآثار الحكم حلولاً منه عملها في حين لا يرى في قيام القاضي بتوقيع القرارات المالية على الإدارة لإكراهها على تنفيذ الحكم تدخلاً في نشاطها . مقاله السابق ص ٢٩٥ .

أثر منازعات قديمة . أما تحديد تلك الآثار فضلاً عما فيه من . عدم خروج القاضى على حدود وظيفته القضائية وعدم المساس بسلطات الادارة ، فانه يغلط أبواب الاجتهاد واحتمالات الخطأ وتجسد المنازعات . وفى هذا من الفائدة ما يحتمل على تأييد هذا المسلك (١) .

الامتناع عن توقيع التهديدات المالية :

وإذا كان القاضى لا يستطيع أن يوجه إلى الادارة أوامر بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه ، فانه لا يستطيع لإكراهها على ذلك تحت ضغط التهديدات المالية .

ومن صورها التعويضات التهديدية ، وهى مبلغ من المال يحكم به على الشخص المدين بالتزام فى حالة عدم تنفيذ التزامه . وهذه التعويضات التهديدية ، وإن اتفقت مع التعويضات العادية فى الأساس الذى تقوم عليه ، وهى تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، إلا أنها تختلف عنها من ناحيتين . فهى من ناحية تفوق فى قيمتها قيمة الضرر الحقيقى المترتب على عدم تنفيذ الالتزام ، وبالتالى تفوق قيمة التعويض العادى على نحو يفزع المدين ويهدده بخسائر كبيرة فيما لو أصر على عدم التنفيذ ، ومن ناحية أخرى فإن التعويضات التهديدية موقفة بطبيعتها بخلاف التعويضات العادية ، ويملك القاضى إلغاءها أو النزول بقيمتها إذا ما عدل المدين عن عناده وقام بتنفيذ التزامه . ونظام

(١) ويرى د. عبد المنعم جبره . وأنه لم يعد مقبولا . التمثل بمبدأ استقلال الادارة المحلولة دون تقرير آثار حكم الألغاء والنص عليها فى الحكم . ذلك أن تقرير ولاية الألغاء أساساً لم يعد يتعارض مع هذا المبدأ وفقاً لمفهومه المعاصر . وقد برزنا أنه ليس ثمة اختلاف جوهري بين ولاية الألغاء وبين سلطة تقرير آثار ذلك الألغاء التى لا تنمى أن تكون عملية تابعة للولاية الأصلية . وماله ص ٣٣٦ . وهو يذهب إلى حد ترتيب الحكم لآثاره والأمر بها . وهو ما لا نقضه أو نواقضه . وأن رأينا فى تحديد آثار الحكم ينحصر فى تحديد التزامات الادارة المترتبة حتى على الحكم كالتزامها بترقية الموظف الذى ترك فى دوره . ولستنا نذهب إلى حد ترتيب الترقية أو الأمر بها وهو ما ذهب إليه د. جبره إذ يقول فى ذات المقام ولكل ذلك لنرى محلاً لأن يظل اختصاص القضاء الإدارى فى منازعات الألغاء ممتوراً ومنصوراً على تقرير الألغاء ولا يمتد هذا الاختصاص إلى ترتيب آثار الألغاء أو الأمر بها .

التعويضات التهديدية هو على هذا النحو نظام جزائي يهدف إلى إكراه المدين على تنفيذ التزامه .

وقد يحكم القاضي على المدين بغرامة تهديدية عن كل يوم أو أسبوع مثلاً يتأخر فيه عن تنفيذ التزامه . وهذه الغرامة هي صورة كذلك من صور التهديدات المالية لحمل المدين على المبادرة إلى تنفيذ التزامه .

وإذا كان هذا النظام مقررأ في القانون الخاص ، تقضى به المحاكم العادية ليس في المنازعات الخاصة التي تقوم بين الأفراد فحسب ، بل وكذلك في المنازعات الإدارية التي تقوم بين الأفراد والإدارة ، (١) إلا أن القضاء الإدارى لا يقر بسلطته في توقيع مثل تلك الغرامات التهديدية ، لما تحمله من إكراه الإدارة على تنفيذ أمر ، وما يتضمنه ذلك من مساس باستقلالها .

ولهذا فقد استقر القضاء الإدارى على أنه في حالة عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها القانونية أو العقدية ، فإن سلطته لا تتجاوز الحكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن عدم التنفيذ ، ولا يملك المحكم عليها بالتهديدات المالية. (٢)

وفى ذلك تقول محكمة القضاء الإدارى إن القانون إذ يحول هذه المحكمة سلطة إلغاء القرارات الادارية المخالفة للقانون ، قد جعل منها أداة لرقابة تلك القرارات قضائياً في الحدود التي رسمها ، دون أن يجعل منها هيئة من هيئات الإدارة . وبهذه المثابة ليس للمحكمة أن تحل محلها في إصدار أى قرار أو أن تأمرها بإدائه أى أمر معين أو بالامتناع عنه ، ولا أن تكرهها على شيء من ذلك عن طريق الحكم بالتهديدات المالية ، إذ يجب أن تظل للإدارة حريتها الكاملة في اتخاذ ما تراه من قرارات بمقتضى وظيفتها الإدارية ،

Waline op. cit. p. 271.

(١)

CE 27—1—933 Le Loir D 933 — 3—132, CE 14-3-1934 Soc (٢)
Biscutions p. 339.

وفقط تكون تلك التمرارات خاضعة لرقابة المحكمة قضائياً إذا وقعت مخالفة
لأحكام القانون (١) :

على أنه يمكن القول بأن عدم توقيع الغرامات التهديدية على الإدارة
يقوم كذلك بالنسبة للطرف المتعاقد معها ، وإن اختلف الأساس في الحالتين .
فالخطأ بالنسبة إلى الإدارة يقوم على اعتبار قانوني مستمد من قاعدة الفصل
بين الإدارة والرضاء . أما الخطأ بالنسبة إلى المتعاقد معها فيقوم على أساس
عملي . ذلك أن الإدارة تقف في مواجهة المتعاقد معها في مركز ممتاز يحوطها
إياه الشروط الجزائية التي يتضمنها العقد الإداري ، وعلتها في التنفيذ
المباشر ، بحيث يجوز لها إذا ما قصر المتعاقد معها في تنفيذ التزامه ، أن تقوم
بتوقيع غرامات التأخير عليه وتنفيذها ، كما يجوز لها مصادرة التأمين أو
تقوم بنفسها بتنفيذ التزامه على حسابها ، الأمر الذي يغني الإدارة عن الالتجاء
إلى التناهي لاستصدار حكم لإكراهه على تنفيذ التزاماته بالتهديدات المالية .

ومع ذلك فإن القضاء الإداري لا يمتنع عن الحكم على الطرف المتعاقد
مع الإدارة بالتهديدات المالية ، خاصة في الحالات التي لا يكون فيها للإدارة
من وسيلة قانونية لإكراهه على التنفيذ إلا باستصدار حكم قضائي (٢) .

البحث الثاني

حالات تشبه بالخطأ

إذا كانت قاعدة الفصل بين القضاء الإداري والإدارة العاملة قد اقتضت
البعد بسلطة القاضي عن إصدار الأوامر والنواهي إلى الإدارة ، أو الحلول
محلها في عملها ، أو إكراهها على شيء من ذلك بالتهديدات المالية ،
فإن التطبيقات القضائية قد كشفت صوراً أخرى اقترنت فيها سلطة القاضي
من حدود الخطأ حتى اشتبهت به ، نعرضها فيما يلي :

(٤) ١٧/٥/٩٥٠ م ع ٤ ص ٨٠١ ، ٣١/٥/٩٥٠ م ع ٤ ص ٦٤٥

Drago op. cit. III p. 216

(٢)

التوجيهات القضائية :

قد يحدث في حالة الحكم بالغاء قرار أن يتضمن الحكم في أسبابه آثار الالغاء والمراكز القانونية المترتبة عليه ، والنطاق الذي ينبغي أن يدور فيه تنفيذه . ويحدث ذلك بصفة خاصة في الحالات المعقدة التي تمس مراكز قانونية متعددة ، كتلك التي ترتب على الغاء قرار ترقية يمتد بآثره إلى ما يليه من قرارات تالية ، إذ يكشف الحكم عن الآثار المترتبة على الالغاء ، دون أن يقضى بها أو يصدر أمراً للإدارة بترتيبها (١) .

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا أنه «إذا كان للقاضي الإداري لا يملك أن يحل محل الإدارة في إجراء ما هو من صميم اختصاصها ، إلا أنه يملك أن يعقب على تصرف الإدارة من الناحية القانونية ، وأن يبين حكم القانون فيما هو متنازع عليه بين ذوى الشأن ، فيضع الأمور في نصابها القانوني الصحيح ، وله بهذه المثابة أن يبين من هو الأول قانوناً بالترشيح للترقية . وإذا ما أبان ذلك ، فليس معنى هذا أنه حل محل الإدارة في تربيته ، بل قيادة تنبيه الإدارة إلى حكم القانون ، لتجرى الترقية بقرار منها على هذا الأساس ، وإلا كان قرارها على خلاف ذلك مخالفاً للقانون (٢) .

ومن صور ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا من أنه «إذا صدر حكم لصالح موظف بالغاء قرار الترقية فيما تضمنه من تخطئه في الترقية ، وكانت قد صدرت قرارات تالية بالترقية قبل أن يصدر حكم الالغاء ، وكان من ألتيت تربيته بالحكم المذكور يستحق الترقية بدوره في أول قرار ، فإن وضع الأمور في نصابها السليم ، يقتضى أن يرقى المذكور في أول قرار تال بحسب دوره في ترتيب الأقدمية بالنسبة للمرقين في هذا القرار التالى ، وهكذا بالنسبة إلى سائر القرارات الأخرى الصادرة بعد ذلك . ولما كان

(١) Note Hauriou 49—111—925 S 1065 Rodière Rp. 1925 12—26 CE

(٢) ١١٩٢ ع ٩٠٩/١٢/٧ مجموعة الشرسنوات ص

حكم الالغاء ، يترتب عليه إلغاء كل ما يترتب على القرار الملغى من آثار في الخصوص الذى انبنى عليه الحكم المذكور ، وعلى الأساس الذى أقام عليه قضاءه ، فان أثر الحكم المذكور يقتضى تصحيح الأوضاع بالنسبة لقرارات التالية ، ذلك أن كل قرار منها يتأثر حكماً بالغاء القرار السابق عليه ، مادامت الترتيبات فيها جميعها مناطها الدور فى ترتيب الأقدمية عند النظر فى الترقية ، ويترتب على تنفيذ حكم الإلغاء أن تلغى ترقية الأخير فى كل قرار ، ليحل محله فيه الأخير فى القرار السابق ، مادام دوره فى الأقدمية يسمح بترقيته فى أول قرار تال ، مع اسناد ترقية كل من المذكورين إلى التاريخ المعلن فى القرار الذى كان يستحق الترقية فيه ، وعلى هذا الأساس يستقر الوضع على إلغاء ترقية آخر المرقين فى آخر قرار (١) .

ويذهب جانب من الفقه إلى أن القاضى بتحديدده لما يجب أن تكون عليه تصرفات الادارة تنفيذاً لحكم الالغاء ، إنما يقوم بطريق غير مباشر باكراهها على تنفيذ أحكامه (٢) .

ولسنا نرى فى تلك التوجيهات إكراهاً ولا حلولاً ، فهى لا تعدو أن تكون تنبيهاً للادارة لتبنيها المرتبطة بحكم الالغاء والترتبة عليه ، وتحديداً لها ، حين تدعو إلى ذلك ظروف الدعوى ، ويدق استخلاص تلك الآثار ، وحتى لا تقع الادارة - فيما لو تركت دون توجيه - فى خطأ الاستخلاص ، وإصدار قرارات خاطئة مما يستتبع معاودة الطعن فيها ، وهكذا تدور سلسلة من الطعون المركبة كان يمكن توقيها بمجرد إرشاد لا يحمل أمراً ولا حلولاً ،

(١) ١٦/٣/١٩٥٧ ج مجموعة المرسنات ص ٦٦٩

(٢) يرى فالين أن القاضى حين يوضح آثار الحكم فائماً على حل الادارة سلوكها *Waline op. cit p. 270* وأما دراجو فيرى على العكس أن الأمر لا يتعلق إلا بمشوره مرتبطة بحكم الالغاء ومؤديه إلى تمام تنفيذه فى كافة آثاره *Drago III op. cit p. 98*

فى حين يرى بيدل أنه فى هذه الحالات فإن للقاضى طوع قاعده الفصل دون أن يجبرها *Vedel. op cit. p. 479*

وإذا كنا لا نرى في حكم القاضى المحلله لالتزامات الإدارة المترتبة عليه نحتما ، مساساً باستقلال الإدارة بوظائفها ، فنن باب أولى لا نرى في بيان هذه الالتزامات في أسباب الحكم - دون المنطوق - مساساً بذلك الاستقلال .

الأحكام التخيرية :

من التطبيقات المستقرة لمبدأ استقلال الادارة بوظائفها ، أن ولاية القاضى في دعاوى القضاء الكامل ، وسواء في مجالات المسؤولية لادارية أم العقود الإدارية ، تقف عند الحكم بالتعويض عن الفعل الضار أو الاخلال التعاقدى ، دون أن تجاوز ذلك إلى الحكم على الإدارة بعمل أو الامتناع عنه . ومع ذلك فانه بالنسبة إلى دعاوى المسؤولية وفي الحالات التى يكون فيها الضرر مستمراً ، فان القاضى أحياناً لا يحكم على الإدارة بالتعويض فحسب وإنما كذلك بازالة أسباب الضرر ويتركها بالخيار بينهما ، وقد يحكم عليها بتعويض سنوى مثلاً إلى أن يتوقف الضرر . كذلك الشأن في دعاوى العقود ، فان القاضى يفسح للإدارة أحياناً خياراً بين أداء التعويض أو تنفيذ التزاماتها التى أخلت بها .

وتبدو هذه الحالات قريبة من حالات التهديدات المالية (١) ووسيلة غير مباشرة لإكراه الإدارة (٢) .

ومع الانسجام بقيام وجه شبه بين تلك الحالات ، إلا أنه شبه ظاهرى وليس بحقيقى ، ذلك لأنه في الأحكام التخيرية ، فان القاضى يحكم بالتعويض المتناسب مع الضرر ، وهو قضاء يصدر في حدود سلطاته المقررة دون تجاوز لها . وكان يمكن أن يقف الحكم عند هذا الحد لتنتهى به المنازعة موضوعاً ، إلا أنه مع ذلك بمنح الإدارة حرية في الاختيار بين أداء هذا التعويض العادل ، وبين إزالة أسباب الضرر ، سواء بإزالة الفعل الضار

(١) Drago op. cit. III p. 216

(٢) Waline op. cit. p. 271

أو بتنفيذ التزاماتها العقدية . وتلك ميزة يقضى بها لصالحها ، لترجع -
بعد الحكم - موقفها من تصرفها الذى قضى بعدم مشروعيته وبمسئوليتها
عن التعويض عنه . وذلك بعكس الحال فى التعويضات التهديدية حيث
تقع الادارة تحت ضغط هذه التعويضات وتجد نفسها مكرهة على تنفيذ
التزاماتها ، توقياً من أداء تلك التعويضات . ولذلك فانه فى حالات
الأحكام التخيرية ، فان الادارة تصادف اختياراً حقيقياً مقررراً لصالحها . أما فى
حالات التعويضات التهديدية ، فانها تصادف إكراهاً حقيقياً موجهاً ضدها
ولهذا فان الأحكام التخيرية لا تحمل فى نظرنا إكراهاً مباشراً كان أم
غير مباشر ولا تطوى بالتالى اعتداء على سلطة الإدارة . وذلك بعكس
الأحكام بالتهديدات المالية فان الإكراه فيها مباشر وسافر .

الحل للقضى للسبب الصحيح محل السبب الخاطئ للقرار :

من القواعد المستقرة قضاءً ، أنه اذا استندت الادارة فى إصدار قرارها إلى سبب تبين
عدم صحته ، فان القضاء لا يحكم مع ذلك بالغاء القرار متى كشفت أوراق
الدعوى عن قيام سبب آخر صحيح يمكن حل القرار عليه ، وهذه القاعدة
تسرى بالنسبة لكل القرارات ، سواء أكانت صادرة عن سلطة مقيمة
أم سلطة تقديرية ، وسواء أكان الخطأ الذى شاب السبب خطأ فى فهم
الواقع أم فى القانون . وهذا الاتجاه القضائى يجد تبريره فى عدم جدوى
إلغاء قرار تستطيع الإدارة إعادة إصداره استناداً إلى السبب الصحيح (١)

مثل ذلك ما يقضى به القانون الفرنسى من ترقية مشوهى الحرب
بشروط معينة ، منها أن تكون العاهة التى حدثت للضابط بسبب إصابته
فى العمليات الحربية وأن يكون قد حصل على رتبة *chevalier de la legion d'Honneur* وقت صدور القانون . فقد حدث أن رفضت الادارة
ترقية أحد الضباط بحجة أن العاهة التى أصابته لم تكن بسبب العمليات

(١) Drago op cit. III. p. 50 ود. سليمان الطاوى . القرارات الادارية ص ١٥٠ .

الحرية : فلما طعن في هذا القرار وأثبت أن هذا السبب الذي استندت إليه الإدارة غير صحيح ، وأن عاقبته حدثت بسبب إصابته في العمليات الحربية ، لم تحكم مجلس الدولة مع ذلك بإلغاء القرار ، إذ تبين له أن هذا الضابط لم يكن قد حصل على الرتبة آتفة الذكر عند صدور القانون ، وإنما حصل عليها بعد صدوره ، وبذلك لم تتوافر في حالته الشروط اللازمة للترقية ، ويكون القرار الصادر برفض ترقيته مطابقاً للقانون (١) .

كذلك حدث أن فصل موظف استناداً إلى المادة ١٣ من الأمر العالي الصادر في ١٨٩٥/٤/٢٩ التي تسري أحكامها على المتخلفين عن إبداء أسباب غيابهم خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانتهاء أجازتهم . فلما طعن في هذا القرار ، تبين للمحكمة أن هذا الموظف لم ينقطع عن عمله بعد إجازة حصل عليها ، وإنما انقطع عن عمله بعد انتهاء العطلة الصيفية للمدرسين ، وهي لا تعتبر إجازة ، ومن ثم لا ينطبق في شأنه أحكام المادة ١٣ آتفة الذكر التي لا تسري إلا على حالة الموظف الذي ينقطع عن عمله بعد إجازة . ومع ذلك استظهرت المحكمة أن ذلك الموظف يعتبر مستقبلاً ، لأنه انقطع عن عمله ونحلى عنه بعد سفره إلى خارج البلاد ، وهو سبب يبرر فصله . وعلى ذلك فإنه متى أمكن حل القرار على هذا السبب الذي كشفت عنه أوراق الدعوى فإن ذلك يكفي لأصحته . (٢)

كذلك حدث أن جوزى موظف لأنه تدخل في عمل لا يتصل باختصاصه فلما طعن في هذا القرار وتبين أن هذا السبب غير صحيح لم تقم المحكمة الإدارية العليا بإلغاء القرار . لما ثبت لها من أن هذا الموظف قد تهاون في أداء العمل الذي كلف به ، وأن هذا التهاون يستدعي قرار الجزاء وببرره (٣)

(١) CE 88-6-934 Aurgier R, p. 600-et CE 20—3—930 Carbin.Rp, 325

(٢) ٣٢٦ م ١/٨ م ٩٥٣/١٢/٢٤ ، ٧٦٦ م ٢/٧ م ٩٥٣/٣/٦

(٣) ٩٣٥ م ١/٣ م ٩٥٨/١/٢٥

ويذهب الفقه في تفسير هذا القضاء ، إلى أن القاضى قد أحل السبب الصحيح محل السبب الخاطئ^(١)، وقام باصلاح القرار ليتفادى الغاءه (٢) .

وأيا كان رأى فى صحة القول بقيام القاضى باحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ^(٣) ، فإن هذا الاصلاح لا ينطوى على قيام القاضى باصلاح القرار أو الحلول محل الادارة فى عمل من أعمالها ، متجاوزاً بذلك حدود وظيفته القضائية . ذلك أن عمل القاضى لا يعلو بياناً للسبب الصحيح الذى قام عليه القرار ، دون مساس بالقرار فى وصفه أو مضمونه أو آثاره المترتبة عليه . وقد لا يكون من المتجاوز فى كثير تشبيه هذه الحالات بحالات التكييف القانونى نفسه ، وفيها يسبغ القاضى على الحالة أو الواقعة وصفها القانونى الصحيح ، دون تقيد بالوصف الذى خلعت عليه الإدارة . وليس من شبهة فى أنه يقوم بعمل من أعمالها : كذلك الشأن فى رقابة صحة السبب ، إذ أن القاضى مع الإبقاء على القرار وعدم المساس به ، يردده إلى سببه الصحيح الذى تكشف له فى أوراق الدعوى ، دون السبب الذى

Waline op cit p. 479 De laubadère op. cit. p. 514 (١)

والدكتور سايان الطلوى النظرية العامة للقرارات الادارية ص ١٥٠ .

Drago op. cit p. 30 (٢)

(٣) تقوم نظرية السبب فى الفقه على أنه الحالة أو الواقعة التى تدعو رجل الاداره إلى اصدار القرار . فهى من جانب فكره موضوعية تقوم على الحالة أو الواقعة ومن جانب آخر فكره ذاتية إذ أن هذه الحالة أو الواقعة تؤثر فى رجل الاداره وتدفعه إلى اتخاذ القرار . وقد يتضح عدم صحة سبب الذى دفع رجل الاداره إلى التصرف ومع ذلك لايقوم القاضى بالغاء القرار إذ ما كشفت الأوراق عن وجود سبب آخر صحيح يحل محل القرار . وفى هذا يقول الفقه أن القاضى أحل السبب الصحيح محل السبب الخاطئ . ونرى أن السبب ليس هو الواقعة التى تثير رجل الاداره وتدفعه إلى اصدار القرار وإنما يقوم السبب على أية واقعة تثير للقرار ولولم يتأثر بها رجل الاداره أو حتى يفكر فيها فالسبب فكره موضوعية يحته والقرار يؤخذ فى ذاته فان كان له سبب يبرره كان مشروعاً ولولم تكن الإدارة على بينة به لأن علمها به لاينفى أن للقرار سبباً حقيقياً ومبرراً وأنه اتجه - بفعل السبب - إلى تحقيق غرضه الموضوعى . وهذا يفسر الاتجاه القضائى الذى نحن البلى نحن يصده دون الاجتهاد إلى فكره احلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ (رسالتنا ص ٣٧٥ وما بعدها .

احتجت به الإدارة ، وفي هذا أيضاً ليس من شبة في أن القاضى يقوم بعمل من أعمال الإدارة .

ولهذا لم يكن ثمة مدعاة للتخوف من الافتئات على اختصاص الإدارة أو استقلالها وهو ما تسرب إلى حكم حديث المحكمة الإدارية العليا عدلت فيه عن قضاء قديم مستقر وذهبت فيه إلى أنه «لا حجة فيما ذهب إليه المحكم الطعون فيه من أن السبب الصحيح لقرار إنهاء خدمة المدعى يقوم على قرينة عدم لياقته صحياً ، وأن عدم اللياقة هذه يرتب المشرع عليها لإنهاء خدمته ، في النقرة الثانية من المادة ١٠٧ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ ، وأن في في مكتة المحكمة أن تحمل هذا السبب الصحيح محل السبب الباطل الذى بنى عليه القرار «لا حجة في ذلك لأنه ما كان يسوغ أن يقوم القضاء الإدارى مقام جهة الادارة في إحلال سبب آخر محل السبب الذى قام عليه القرار ، ذلك أن دور القضاء الإدارى يقتصر على مراقبة صحة السبب الذى تلرعت به جهة الادارة في إصدار قرارها ، ولا يسوغ له أن يتعداه إلى ما وراء ذلك بافتراض أسباب أخرى يحمل عليها القرار» (١) .

وإذا كان ما قدمناه يوضح أن إحلال الصحيح محل السبب الخاطيء لا يؤدى إلى حلول القاضى محل الإدارة ، فإن السبب الذى يحله القاضى ليس سبباً ظنياً أو مفترضاً — كما ذهبت المحكمة الادارية العليا — وإنما هو محل سبباً حقيقياً يقينياً ثابتاً ومستخلصاً من أوراق الدعوى يحمل عليه القرار ، لتكتمل له أسباب الصحة والمشروعية .

أوامر القاضى إلى الادارة بتقديم إيفاضات أو مستندات .

أحياناً لا يلزم مقطع المنازعة في الدعوى حول تحديد القانون الواجب تطبيقه أو تأويله ، بل يمتد النزاع إلى وقائع ينهب كل من طرفي الخصومة إلى تصويرها تصويراً مختلفاً بل ومتناقضاً مع تصوير الطرف الآخر ، وعلى

(١) ١١/١٠/٩٦٧ لسنة ١٣ ص ٦

نحو لا يستطيع معه القاضى تكوين اقتناعه إلا بالإطلاع على المستندات. ولئن كان الأصل أن البيئة على من ادعى وأن على المدعى إثبات دعواه، إلا أنه غالباً ما تكون تلك المستندات فى حوزة الادارة وتحت يدها، ولا يكون للمدعى من سيطرة عليها. وقد يعزز المدعى ادعاءاته بطروف محددة من الواقع تنهض قرائن جدية على صحة تلك الادعاءات ويحتاج معها القاضى لتثبيت عقيدته إلى إيضاحات من جانب الإدارة أو مستندات لديها، فى مثل هذه الحالات وغيرها حيث يقدر القاضى الجدية فى طلب الايضاحات والمستندات، فانه يقر بسلطته فى اصدار الأمر إلى الادارة بتقديمها. ولا تستطيع الإدارة رفض تنفيذ هذا الأمر. ومع ذلك فانها إن نكلت عن تقديم ما طلب منها تقديمه فى الميعاد المقبول الذى يحددها، فان للقاضى أن يستخلص من هذا الامتناع ما يراه من نتائج، ومنها التسليم بصحة ادعاءات المدعى خاصة إذا ما ترتب على امتناع الإدارة استحالة قيام القاضى بوظيفته فى رقابة المشروعية (١).

من ذلك أنه إذا تخطى الموظف فى الترقية، دون أن تعين الوزارة أسباب هذا التخطى، وقدم الموظف قرائن تدل على أن تخطيه لم يستند إلى أسباب تجعله قائماً على أساس صحيح، فان هذه القرائن تنقل إلى الإدارة عبء اثبات أن هذا التخطى قام على أسباب صحيحة، فاذا امتنعت عن نقض هذه القرائن، ولم تقدم الملفات المطلوبة، فالمحكمة أن تقدر فى هذه الحالة امتناع الحكومة عن نفي تلك القرائن ونكولها عن إثبات الأسباب الصحيحة لقرارها. ولذلك فانه ما نجد فى الأوراق أى سبب يبرر ترك المدعى فى الترقية فان قرار التخطى يكون مخالفاً للقانون (٢) كذلك فانه لما كان ملف الموظف هو الوعاء الصادق لتصوير حالته، فانه إذا تبين أن ملفه نظيف وعمله مرضى لا تشوبه شائبة، فان هذا يقوم دليلاً على عدم وجود

Waline op. cit. p. 272, Drago op. cit. III p. 232. (١)

٩٣٠ ٣/٧ ٩٥٣/٦/٦ ص ١٥٨٢ ٤م ٩٤٩/٦/٧ ص ٩٣٠ (٢)

سبب لفصله ، وبذلك ينتقل عبء اثبات قيام هذا السبب إلى عاتق الحكومة ،
فاذا لم تفصح الحكومة عن هذه الأسباب اعتبر القرار غير قائم على سبب
صحيح بمرره وحق للمحكمة إبطاله (١) :

ويلزم رأى إلى أن سلطة القاضي في إصدار أوامر إلى الإدارة
بايداع مستندات ، تحكمها قاعدتان تقفان على طرفي نقيض . فمن ناحية
فإن مبدأ الفصل بين الإدارة العاملة والقضاء الإداري يبلو مانعاً دون القاضي
واصدار الأوامر إلى الإدارة بتقديم إيضاحات أو مستندات . ومن ناحية
أخرى فإن القواعد الاجرائية في تحقيق الدعوى ، تعطى للقاضي حرية
واسعة في توجيه هذا التحقيق طبقاً لتقديره . ولهذا السبب الأخير ، لم يتردد
مجلس الدولة منذ زمن طويل ، في أن يقر لنفسه بالسلطة في إصدار أوامر
إلى الادارة - في حالات الضرورة - بايداع مستندات خلال فطر الدعوى (٢) ،

ولا نرى في الأمر تنازعا بين قاعدتين . فالمسألة لا تحكمها إلا قاعدة
واحدة ، وهي القاعدة الاجرائية التي تخول القاضي سلطة في تحقيق الدعوى
بما فيها سلطة اصدار الأمر بتقديم المستندات . أما قاعدة الفصل بين الإدارة
والقاضي ، فليس ذاك مجالها في التطبيق . ذلك أنها وإن كانت تحظر على
القاضي إصدار أوامر إلى الادارة ، فإن مناه هذا الحظر أن ترد تلك
الأوامر - بطبيعة الحال - على عمل من أعمالها الإدارية التي تدخل في صميم
اختصاصها الإداري ، إذ عندئذ يتحقق التعدي على الإدارة العاملة والمساس

(١) ٢٠/١/٩٥٥ ص ٩٢ و٢٥١ ويلاحظ أن المحكمة الادارية العليا وإن تشددت في
استخلاص الدليل المستفاد من امتناع الادارة إلا أنها لم تترص على سلطة القاضي في إصدار الأمر
إلى الادارة بتقديم مستندات وإيضاحات بل وعلى العكس فإنها تعمل بنفسها هذه السلطة وفي ذلك
نقول ومن حيث أن المحكمة استجلت للحقيقة في هذا الشأن قررت بمجلس أول مارس سنة ٩٥٨
الاستفسار من الحكومة عن الأسباب المعينة التي دعت إلى فصل المدعي والتي تستفي معها القربة
المستفاده من خلو ملف المدعي عما يصح أن يكون سبباً لفصله فقد مت الحكومة أخيراً بيانا بهذه
الأسباب - حكم في ١٢/٧/٩٥٨ ج ٣/٧ ص ١٧٢٩ ..

باستقلالها . وليس هذا شأن الأوامر الصادرة بتقديم مستندات ، فان هذه الأوامر هي من صميم الوظيفة القضائية المرتبطة بتحقيق الدعوى تمهيداً لاصدار الحكم فيها .

البحث الثالث

حالات تخالف الحظر

رأينا فيما تقدم مدى الحرص الذى يبديه القضاء الادارى فى الحفاظ على استقلال الإدارة ، وفى الامتناع عن القيام بأى اجراء يتطوى على أمرها بالقيام بعمل من أعمالها ، أو الحلول محلها فيه ، أو اكبرهاها عليه ، وذلك كله التزاماً بمبدأ ارتباط فى نشأته فى فرنسا بطروء تاريخية خاصة ، وهو مبدأ الفصل بين الادارة العاملة والقضاء الادارى (١) ،

وإذا كان القضاء الادارى قد ظل مخلصاً فى قضائه لتلك القاعدة ، فان التشريع المصرى خرج عنها فى حالة خول فيها القاضى الادارى سلطة الحلول محل الادارة فى عملها ، وذلك بالاعتراف بالجنسية فى دعاوى الجنسية . كما خرج عنها القضاء فى حالتين هما فسخ العقود الادارية وتحول القرارات الادارية .

الاعتراف بالجنسية .

تتخذ المنازعات التى تدور حول الجنسية عدة صور . فقد تتخذ صورة طعن فى قرار إدارى متعلق بهذه الجنسية ، كالقرار الصادر بسحب الجنسية أو اسقاطها ، أو صورة التعويض عن هذا القرار ، أو تعرض كمسألة أولية ينبثق الفصل فيها قبل الفصل فى الدعوى الأصلية ، وأخيراً

(١) سبق أن رأينا أن هذا المبدأ يختلف عن مبدأ الفصل بين السلطات فى مفهومه ونطاقه وأهدافه . وأن هناك من الدول ما تطبق قاعدة الفصل بين السلطات ومع ذلك لاتأخذ بمبدأ الفصل بين الادارة العاملة والقضاء ولهذا يترخص القضاء فيها باصدار أوامر إلى الادارة بل وفى الحلول محلها فى القيام بعملها كما هو الحال فى إنجلترا وأمريكا

قد تعرض المنازعة حول الجنسية في صورة دعوى أصلية مستقلة عن أى قرار ، يطلب فيها الفرد الحكم بثبوت جنسيته والاعتراف له بالانتماء إلى جنسية الدولة ، أو عدم الانتماء إليها . وهذه الدعوى الأخيرة هى التى تمنينا فى هذا المقام ، لأن الاعتراف أو الاقرار بالجنسية المصرية لشخص أو عدم الاعتراف بها هو من صميم أعمال الادارة التى تتولاها تنفيذاً للقوانين المتعلقة بالجنسية .

وأياً كان الخلاف فى شأن الاختصاص بالنظر فى الدعاوى الأصلية المتعلقة بالاعتراف أو بثبوت الجنسية قبل صدور القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم مجلس الدولة ، فقد استحدث هذا القانون فى المادة الثامنة حكماً يقضى باختصاص مجلس الدولة هيئة قضاء إدارى وحده بالفصل فى دعاوى الجنسية . وقد حسنت المحكمة الادارية العليا كل خلاف يقوم سواء حول نطاق هذا الاختصاص وشموله ، أم حول مدى اشتراك القضاء البادى معاً فيه . فقد قضت بأن «ينفرد مجلس الدولة هيئة قضاء إدارى بالاختصاص بالفصل فى دعاوى الجنسية ويسهدف المدعى فى الدعوى الأصلية بالجنسية الاعتراف له بتمتعه بجنسية الجمهورية العربية المتحدة ولا يمتنع فيها قراراً معيناً صريحاً أو ضمناً يظن فيه بطلب الغائه ، وإنما يطلب الحكم بثبوت جنسيته المصرية استقلالاً عن أى قرار من هذا القبيل» (١)

كما قضت «وثمة الدعوى المبردة بالجنسية وهى الدعوى الأصلية التى يقيمها استقلالاً عن أى نزاع آخر أو أى قرار إدارى، أى فرد له مصلحة قائمة أو محتملة وفقاً لنص المادة الرابعة من قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية فى أن يثبت أنه يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة أو لا يتمتع بها إذا ما أنكرت عليه هذه الجنسية ونوزع فيها أو كان يجه من الوجهة الأدبية الحصول على حكم مثبت لجنسيته احتياطاً لنزاع مستقبل ويكون الموضوع الأصل المباشرة لهذه الدعوى هو طلب الحكم

لرافعها بكونه مصرياً أو غير مصري وتختصم فيها وزارة الداخلية بوصفها الطرف الآخر الذى يمثل الدولة فى رابطة الجنسية أمام القضاء لكن يصدر حكم مستقل واحد يكون حاسماً أمام جميع الجهات وله حجية قاطعة فى شأن الجنسية (١)

وهكذا بات للقاضي سلطة فى الحكم بثبوت أو عدم ثبوت الجنسية وهو عمل بطبيعته من أعمال الإدارة حل محلها فيه بمقتضى نص قانونى خاص استثناء من مبدأ الفصل بين الإدارة العاملة والقضاء الإدارى (٢)

فسخ العقد الإدارى :

تملك الإدارة بصددها عقودها الإدارية سلطات واسعة ازاء المتعاقد معها تستطيع بمقتضاها إجباره على تنفيذ العقد فى حالة إخلاله بالتنفيذ ، وذلك بإزالة الجزاءات المتعددة التى تملك توقيعها ، كالفرامات المالية ومصادرة التأمين بل والتنفيذ على حسابه . كما تملك بإرادتها المنفردة أن تفرض عليه تعديل بعض شروط العقد ، بل وتستطيع التحكم فى التزاماته التعاقدية - إلى حد ما - بالنقص أو الزيادة ، كذلك تملك فسخ العقد وإنهائه كلما اقتضى الصالح العام ذلك . وهذه السلطات المخولة للإدارة تخمها مسئوليتها عن تعويض المتعاقد معها كلما كان لذلك مقتضى ، كذلك تعرض قراراتها غير المشروعة التى تصدرها فى هذا الصدد للإلغاء (٣) .

وحق الإدارة فى فسخ العقد خطأ المتعاقد معها ، يقابله حق هذا الأخير

(١) المجموعة السابقة ص ١٢٧

(٢) من معارض اتجاه المحكمة الإدارية العليا فى اختصاصها بالدعوى الأصلية الجنسية د. محسن خليل . القضاء الإدارى ورقابته لأعمال الإدارة ص ٣٢٦ . ومن مؤيدى الاتجاه المذكور د. سليمان الطاوى القضاء الإدارى ورقابته لأعمال الإدارة طبعة سنة ١٩٧٧ ص ٣٣٢ . ود. مصطفى أبوزيد القضاء الإدارى ص ١٥٩ .

(٣) د. سليمان الطاوى . العقود الإدارية طبعة سنة ١٩٦٥ ص ٥٥٥

في فسخه في حالة وقوع الخطأ من جانبها ، ويقر القضاء الإداري بسلطته في إززال هذا الفسخ كلما قامت أسبابه المبررة من خطأ يجسم ترتكبه الإدارة ، كعملها دون سبب معقول عن المشروع موضوع التعاقد أو تأخرها في البدء في تنفيذه تأخراً كبيراً ، أو قيامها بوقف الأعمال موضوع التعاقد مدداً طويلة دون مبرر معقول ، أو لجوئها إلى توقيع عقوبات بالغة الجسام على المتعاقد معها دون خطأ جدي يبرز تلك العقوبات ، في مثل هذه الحالات وغيرها حيث يكون خطأ الإدارة جسيماً فإن القاضي يحكم بفسخ العقد فضلاً عن تعويض المتعاقد (١)

وسلطة القاضي في فسخ العقود فضلاً عما فيها من خروج على مسلكه الأصلي في الوقوف عند الحكم بالتعويضات ، تمثل حلولاً منه محل الإدارة في عملها ، وتجاوز لقاعدة الفصل بينه وبينها . وإذا كان من المسلمات أنه لا يجوز للقاضي أن يتولى بنفسه تعديل العقود حتى في أحوال الظروف الطارئة ، فإنه من باب أولى لا يجوز له إنهاؤها .

ولا يصدق القياس بين حالات فسخ العقود وحالات إلغاء القرارات ، والقول بأن الفسخ في العقود يقابل الإلغاء في القرارات ، وأنه كما أن الإلغاء جائز فكذا الفسخ أيضاً ، لا يصدق هذا القياس بين أوضاع مختلفة وغير متماثلة ، ذلك لأن الإلغاء إنما يرد على قرار غير مشروع ، وهو جزاء عدم المشروعية . أما الفسخ فبرد على عقد مشروع ، ومن ثم فليس بجزاء على عدم المشروعية . وإذا كان صحيحاً أن الإدارة قد أخلت بتنفيذ العقد فإن التعويض وحده المتدرج في قيمته ، هو جزاء الإخلال أيأ كانت درجة جسامته .

فاذا أضيف إلى ذلك أن العقد هو تعبير عن إرادة الجهة الإدارية ، وأنها تستقل بتقدير ملائمة الوقت الذي ترى فيه إنهاء تبعاً لمتطلبات المصلحة

(١) المرجع السابق والأحكام المشار إليها فيه ص ٥٦٥

العامة ، لتبين أن القاضى بفسخه البشء قد أحل نفسه محل الإدارة في تقديرها للأمانة ذلك الوقت ، كما حل محلها في فسخ العقد الذى هو في حقيقته قرار إدارى بإنهاء العقد تختص الإدارة، وحلها بإصداره .

تحويل القرار الإدارى :

تقوم فكرة تحويل القرار الإدارى على أن قراراً صلباً باطلاً ، ومع ذلك توافق مع عناصر قرار آخر صحيح ، كان من المفترض أن تتجه إليه نية الإدارة لو أنها أدركت بطلان القرار الأول ، ففي هذه الحالة يحكم القاضى بتحويل القرار الباطل إلى القرار الصحيح الذى يتوافق في عناصره مع القرار الباطل .

وفي ضوء ذلك يشترط لإمكان التحويل ، وجود قرار إدارى معدوم أو باطل بطلاناً كلياً ولم يتحصن بفوات مواعيد الطعن . أما البطلان الجزئى فلا يؤدى إلى إعمال التحويل ، إذ يستطيع القاضى إلغاء القرار إلغاء جزئياً ينصب على أجزائه المعيبة ، مع الإبقاء عليه في أجزائه الصحيحة الأخرى ، دون أن تتغير طبيعة القرار الأصلى أو يتحول إلى قرار آخر .

كذلك يشترط توافق القرار الباطل لعناصر قرار آخر صحيح يتحول إليه ، وأن يكون القرار الجديد قراراً آخر غير القرار الباطل ، من نوع آخر ، أو من نفس النوع مع اختلاف المضمون . (١) وعلى ذلك فإن ركن المحل هو الركن الذى يمكن أن يرد عليه اختلاف بين القرار الباطل والقوانين الصحيحة . ويتمثل في هذا الركن إمكان اختلاف الآثار التى تترتب على التصرف الجديد عن الآثار التى يمكن أن يربتها القرار الباطل لو كان

(١) د. أحمد عيسى . تحول القرار الإدارى . مجلة مجلس الدولة السبعة الثامنة والتاسعة والعاشره ص ٩٠ ويقول أن المطلوب هو توافق العناصر التى يقوم عليها القرار إن فليس من المطلوب إطلاقاً أن يحتوى القرار الباطل على عناصر القرار الجديد ويتضمنها . في حين يذهب رأى عيسى إلى أنه يشترط لتحويل القرار الباطل أن يتضمن العناصر اللازمة لصحة القرار الذى يراد أن يتحول إليه (د. رمزي الشاعر . تدويع البطلان في القرارات الإدارية ص ٣٩٣ .

صحیحاً . وذلك على خلاف أركان الشكل والاختصاص والسبب فيجب أن توافق هذه الأركان التي تضمنها القرار الباطل - وكانت في ذاتها سليمة - عناصر القرار الجديد حتى يكون صحيحاً وصالحاً لأن يتحول اليه القرار الباطل (١) .

وأخيراً فإن التحول يستكمل شروطه ، إذا تبين للقاضي الإداري أن الإدارة كان يمكن أن تنتج إلى هذا القرار الجديد لو كانت تعلم ببطولان القرار الأصلي . وليست هذه الإرادة المطلوبة ، لا يمكن التحول لإرادة حقيقية والا كان هذا القرار الجديد نتيجة لهذه الإرادة ، ولا يكون نمة تحول . وإنما تحقيق لإرادة قامت فعلاً . ولذلك فإن الإرادة التي يجب توافرها لإعمال التحول ، هي إرادة افتراضية يكونها القاضي الإداري من العناصر التي تقوم أمامه في الدعوى ، والتي تبرز إمكان قيام هذا الافتراض . فهي الإرادة التي كان يمكن أن تقوم لدى جهة الإدارة في وقت إصدار القرار الباطل ، لو كانت قد علمت بالبطول الذي شاب قرارها (٢)

وقد أخذت المحكمة الإدارية العليا بنظرية التحول وأعملتها في قضائها . ففي إحدى الدعاوى كانت بلدية القاهرة قد قامت بتعيين أحد العاملين في وظيفة إيراد سويتش بعد امتحانه فيها وانضاح لباقيته لها ، وفي وقت تبين للمحكمة أنه لم يكن يوجد بميزانية البلدية مثل تلك الوظيفة التي تم تعيين المدعى فيها . وفي ذلك قضت المحكمة بأنه لا يمكن والحالة هذه حمل التعيين على تلك الوظيفة وإلا كان القرار معدوماً ، لأنه لا يصادف عندئذ عملاً ، وإنما كل ما هو مقدور قانوناً للإبقاء على القرار ، أن يحمل التعيين على الوظيفة الموجودة فعلاً وقتذاك بالميزانية ، وهي وظيفة « عامل تليفون » تلك الوظيفة التي رشح لها المدعى ولما صدر القرار تبط به فعلاً

(١) د. رمزي للشاهر المرجع السابق ص ٣٩٧ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٩٩ .

القيام بها فيتحول القرار بذلك من الانعقاد إلى ما يصححه على مقتضى
العناصر التي تقيمه قانوناً (١)

وهكذا حول القضاء القرار المعلوم بتعيين العامل في وظيفة براد سويتش
إلى قرار صحيح بالتعيين في وظيفة عامل تليفون ، وأقامه على عناصر
تتوافق معه في القرار المعلوم .

ومثل هذا القضاء هو في حقيقةه تعديل للقرار الأصلي ، وليس أدق
في بيان هذا التعديل من أن القرار الجديد يختلف في عمله ومضمونه عن القرار
الأصلي وفيما يرتبه من آثار ، فالقراران مختلفان ، بل أن هذا الاختلاف
أساس في نظرية التحول . إذ لو تطابقا في المحل والآثار ، ما قام التحول
أصلاً ولم يكن ثمة ما يدعو إليه . والفرض أن يحل القرار الأصلي معيب
بعب يبطئه أو يعلمه . فلو قام القرار الجديد الذي يحله القاضي على ذات
المحل لكان بدوره باطلاً أو معلوماً .

وبذلك فإن تعديل القرار الأصلي وإيا كان مداه والعناصر التي يقوم
عليها التوافق — هو أساس في أعمال التحول . وبهذا تختلف حالات التحول
عن حالات إحلال السبب الصحيح محل السبب الباطل ، إذ بينما تتناول الحالات
الأولى القرار بالتعديل في مضمونه وآثاره ، فإن الحالات الأخرى لا تمس
القرار بالتعديل في مضمونه أو آثاره . ولهذا نرى أن عمل القاضي في تحويل
القرار الباطل إلى صحيح يشكل تعديلاً حقيقياً للقرار ، ولا نرى في عمله
بإحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ ما ينطوي على مثل ذلك التعديل .

وليس صحيحاً بعد ذلك القول بأن القاضي في أعمال التحول إنما يستند
إلى إرادة حقيقية للجهة مصدرة القرار ، وأن عمله في التحول إنما هو تفسير
للقرار الذي أصدرته ، وكشف عن إرادتها الحقيقية فيه ، أزال ما شابهها
من غموض ، ليس صحيحاً ما تقدم ، ذلك أنه لو اقتصر عمل القاضي حقاً

(١) ٩٥٩/٣/٢١ ع غير منشور مشار إليه في مقال د. أحمد عيسى . المرجع السابق .

على تفسير القرار الأصلي ، لكان هذا القرار صحيحاً منذ صدوره ، هو لما مقرر من أن التفسير لا يخلق بذاته جديداً من ناحية، كما أنه يرتد إلى القرار المفسر منذ صدوره من ناحية أخرى . وتلك النتيجة - وهي صحة القرار منذ صدوره - تتناقض مع نظرية التحول التي تقوم على أساس قرار منعدم أو باطل ، كما تتنافر مع منطق القانون ، لأنه ما دام القرار صحيحاً فقد تعين إعماله ولم يعد للنظر في تحوله من محل .

لكل ما تقدم فإن في تحويل القرار الباطل إلى القرار الصحيح تعديلاً لذلك القرار وخروجاً على السلطة المقررة للقضاء الإداري في الرقابة ، وهو خروج يحد مبرره في إسعاف القرارات المتعلبة أو الباطلة ، وإنقاذها من هاوية الزوال ، متى أمكن أن تتوافق بعض عناصرها مع عناصر قرار صحيح ، وذلك حفاظاً على المراكز القانونية التي تعلق به من الانهيار التام

الفصل الثاني

إمتناع القضاء الإدارى عن تقدير ملامة الأعمال الادارية

من المستقر فقهاً وقضاء أن القاضى الإدارى هو قاضى مشروعية ، وأن رقابته للأعمال الإدارية هى رقابة قانونية ، تجدها الطبعى عند التحقق من مدى مطابقة القرارات الإدارية وموافقتها لأحكام القوانين واللوائح ، دون مجاوزة ذلك إلى مجالات التقدير الحر التى تتركها القوانين للإدارة تعمل فيها سلطتها بحرية واستقلال . هذه السلطة التى تملكها الإدارة فى التقدير هى ما تسمى بالسلطة التقديرية ، كما أن تقديرها الحر ووزنها لمناسبات عملها هو ما يسمى بالملامة .

وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا وإن نشاط القضاء الإدارى فى وزنه للقرارات الادارية ينبغى أن يقف عند حد المشروعية أو علمها فى نطاق الرقابة القانونية ، فلا يجاوزها إلى وزن مناسبات القرار وغير ذلك مما يدخل فى نطاق الملامة التقديرية التى تملكها الإدارة بغير معقب عليها فيها (١) .

وتجربى المقابلة عادة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة ، باعتبار أنه فى الأولى ينول القانون الادارة سلطة فى تقدير ملامة عملها ووزن مناسباته ، أما فى الثانية فتتقيد سلطة الادارة بقاعدة أمره لا تملك لإزاعها وزناً ولا تقديرأ ، وما عليها الا التزول عندها وتتهيد مقتضاها .

كذلك تجرى المقابلة بين الملامة والمشروعية ، باعتبار أن عناصر الأولى لا تمتد إليها رقابة القاضى ، ويكون التقدير فيها للإدارة خالصاً دون

(١) ٩٥٥/١١/٥ ع مجموعة المشر سنوات ص ١١٩١ .

معقب عليها من القضاء ، بينما تخضع عناصر الثانية للرقابة ، يسلط عليها القاضى حكم القانون للتعرف على مدى مشروعيتها .

ومستعرض كل فكرتين متقابلتين فى مبحث واحد . ذلك لأنه فضلاً عن أن مواجهة الأفكار المتقابلة والجمع بينها فى صعيد واحد يبيء لها مزيداً من الوضوح المتبادل ، فإن الفكرتين الأولتين - السلطة التقديرية والسلطة المقيدة - تجمعان كل صور السلطات التى تملكها الإدارة ، كما تجمع الفكرتان الأخريتان - الملاءمة والمشروعية - كل صور الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية . ومن خلال هذه وتلك تستبين عناصر الملاءمة التى يتمتع على القاضى - احتراماً للسلطة التقديرية للإدارة - اوتياها ويلتزم بالوقوف عند مشارفها .

المبحث الأول

السلطة المقيدة والسلطة التقديرية

السلطة المقيدة .

يتحدد قيام السلطة المقيدة بوجود قاعدة قانونية آمرة ، تلزم الإدارة باتخاذ قرار معين كلما توافرت شروط معينة . فحريتها معدومة ، وما عليها الا أن تتحقق من قيام الشروط القانونية لتتخذ القرار الذى فرضه القانون (٢) .

(١) وفى ذلك يقول ميشو أن اختصاص الاداره يكون مقيداً كلما كان عليها أن تتخذ قرارات فرضها القانون مقدماً . فهمتها قاصراً على تطبيق القانون على الحالات التى تصادفها بمجرد أن تتحقق أسبابها

Michoud Etude sur le pouvoir discretionnaire de l'administration
R.G A. 1914—9

ويرى جيرو أن الاختصاص المقيّد يقوم فى الحالات التى لا يترك فيها القانون للإدارة أية حرية فى التقدير بل يفرض عليها بنص أمر التصرف الذى ينهى انخفاذه . فهى تشبه فى هذه الحالات حامل المسرح الذى يلتزم بأن يجلس كل متفرج فى مكانة المهد له

Giraud. Etude sur le pouvoir discretionnaire R.D.P. 1924—193

أما بونارد فيقول أن الاختصاص يكون مقيداً عندما يرتب القانون أو اللائحة التزاماً

ولا شك أن تقييد سلطة الإدارة على هذا الوجه ، يمثل أكبر ضمان
لحريات الأفراد ومراكزهم القانونية ، وبه تبلغ الحماية القانونية لهذه الحريات
والمراكز ذروتها . إذ كلما قيد القانون الإدارة في استخدام سلطتها ،
كلما أمن الأفراد عسماً محتملاً لهذه السلطة ، وعتياً غير مأمون الجانب .
وكما أفتح لها في الحرية ، كلما افتتح الباب للنسب والانحراف .

ومن أمثلة أحوال السلطة المقيدة ما يقضى به القانون من ترقية الموظف
إلى الدرجة التالية إذا أمضى في درجته مدة محددة سلفاً ، وإعفاء المواطن
من التجنيد متى وجد في حالة من الحالات الاجتماعية التي حددها كأن يكون
وحيد أبويه ، والقيد في نقابة المحامين متى استوفى الطالب الشروط القانونية
المطلوبة . ففي هذه الحالات ، تلزم الإدارة بإجراء الترقية والإعفاء من
التجنيد وبالقيد في الجدول ، متى توافرت شروطها المحددة قانوناً ، دون
أن تملك في ذلك أية سحرية في التقدير أو الاختيار .

على أن تقييد سلطة الإدارة بالقواعد الآمرة ، لا يعنى القضاء على كل
إحتمال لإصدار قرارات غير مشروعة ، إذ أن مخالفة الإدارة للقانون
وخرجها على أحكامها ممكنة دائماً ، وغاية الأمر أن يكشف عن هذه
المخالفة يكون في هذه الحالات سهلاً ميسوراً ، وما على ذوي الشأن إلا إثبات
توافر الشروط التي تطلبها القانون ، دون أن يكون للإدارة رد الدعوى
بالتعلل بحريتها في التقدير ، أو التسر وراء سلطتها في الترخيص ووزن الملاءمة .

على الإدارة بالتصرف أو عدم التصرف على وجه معين وفي وقت معين . ففي الاختصاص المقيد
يفرض على الإدارة العمل الملائم ولا تترك قاصياً لملامة نشاطها

Bonnard. le cotrole juridictionnel de l'administration p. 58

ويرى فالين أن اختصاص الإدارة بتقيد عندما تلزم قانوناً باتخاذ قرار ما عند توافر شروط

معينة فالقانون يحل عليها سلوكها Waline op cit p. 450

ولاً يختلف لوبيدير عن هذا الرأي إذ يقول أن السلطة المقيدة توجد كلما كانت الإدارة إزاء
ظروف معينة من الواقع ملزمة باتخاذ قرار ما فليس لها الخيار بين عدة قرارات ممكنة وإنما يكون

سلوكها عدداً سلفاً بالقواعد القانونية De laubadère op cit p. 232.

ومما ينبغي إبرازه في هذه الحالات من البسطة المقيدة، أنه ليس للإدارة أي حظ من الحرية في تقدير إصدار القرار متى توافرت أسبابه الموجبة لإصداره ، بل إن تقييد السلطة في هذه الحالات ما شرع إلا لإعدام هذه الحرية في ظروف قدر فيها المشرع أن وجه المصلحة العامة الذي يتوخاه يتحقق حتماً بإصدار القرار الذي حدده عند توافر الأسباب التي أتص عليها . ولذلك فإنه وقد أعمل سلطته في التقدير الكامل لهذه الحالات التي يصدر فيها القرار ، حرم الإدارة من سلطتها في التقدير التي يتركها لها عادة كلما تسلب هو عن إجراء هذا التقدير ، أو عجز عنه لاعتبارات تتعلق عادة بكون الحالات والوقائع التي يمكن أن تسبب القرار وتدعو إلى إصداره ، تبدو له متعددة ومتشعبة ، ومن السير عليه تصورها أو الإحاطة بها مقدماً ، حتى يجعل منها معياراً قانونياً وشرطاً لإصدار القرار ، ولذلك فإن أحوال السلطة المقيدة ترتبط دائماً بالتقدير الكامل من جانب المشرع للحالات التي يصدر فيها القرار ، في ضوء الغرض المحدد الذي ينبغي تحقيقه ، والذي يقدر أنه يتحقق حتماً بإصدار القرار متى توافرت تلك الحالات .

السلطة التقديرية :

وبعكس حالات السلطة المقيدة ، يمكن القول بصفة عامة ، بأن السلطة التقديرية تقوم في كل الحالات التي تنصرف فيها الإدارة بحرية دون أن يكون نشاطها محدداً سلفاً بقاعدة قانونية . (١)

ولذلك فإن مصدر السلطة في التقدير ، هو كما لاحظته ايزنمان تختلف التحديد الأمر والمألزم للنشاط أي عدم التحديد في التنظيم القانوني . ذلك قاعدة لا تحدد تماماً العمل الذي يجب على الإدارة اتخاذه ، تعتبر مصدراً من مصادر السلطة في التقدير (٢)

Micoud op cit p. 9

(١)

(٢) Eisenmann Cours de droit administratif 1949 1950 p. 429 وهو يقصد بالقاعدة كل قاعدة قانونية أيا كان مصدرها القانون أو القضاء وبمثل هذا الرأي ذهب دوبيسون إلى أن =

وعلى ذلك فإذا كانت حالات السلطة المقيدة تتحدد بطريقة إيجابية ،
وتقوم كلما عين القانون الأسباب ، وفرض القرار الواجب اتخاذه
عند توافرها ، فإن السلطة التقديرية تتحدد بطريقة سلبية ، وتقوم كلما
سكت المشرع عن هذا التنظيم ، وترك الإدارة حرة في اتخاذ القرار
الذي تراه .

ولكن ما هو العنصر أو العناصر التي يسكت المشرع عن تنظيمها
ويتركها أحياناً لتقدير الإدارة ؟

بالرجوع إلى عناصر القرار الإداري التي لم تعد تثير اليوم خلافاً
في الفقه العام ، يبين أن عنصر الاختصاص هو دائماً محل للتنظيم القانوني ،
إذ لا يترك القانون للدائرة أية حرية في تحديد اختصاصها . وبالمثل فإن
الأرض مرسومة دائماً ، وسواء أكان منصوباً عليه صراحة في القانون ،
أم مستخلصاً منه ضمناً ومستفاداً من طبيعة السلطة ، وسواء أكان غرضاً
عاماً يمثل في المصلحة العامة أم غرضاً محدداً ومخصصاً ، فإن الغرض محدد

= السلطة التقديرية هي عدم التحديد في التنظيم القانوني

Dubisson La distinction entre la legalité et l'opportunité dans la
theorie du recours pour excès de pouvoir p. 35

وبعكس ذلك يقول لويز رودو أن السلطة لتقديرية ليست
كما كانت قديماً تظهر عند تخلف القاعدة القانونية . فالقانون يضع القواعد العامة التي تخضع لها
الإدارة ولا يمنحها السلطة التقديرية إلا عندما يمجز عن الذهاب بعيداً في تنظيم . وبذلك فإن
السلطة التقديرية ليست كما كانت قديماً تمارس على هامش القانون وإنما هي حرية تقدير
القانون لأنها تعتمد عليه . فهي ليست على هامشه وإنما داخل حدوده .

Lopez Rodo. Le pouvoir discretionnaire. Evolution doctrinale et
juridictionnelle R.D.P. 933—572

وفي الواقع فإن الاختلاف في رأى المؤلف ليس إلا اختلافاً ظاهرياً لأنه إذا كانت السلطة التقديرية
تظهر عند مجز القانون من التنظيم فإن هذا لا يختلف كثيراً عن القول بأنها تظهر عند تخلف هذا التنظيم
(١) وإذا كانت هذه السلطة تتعدد أحياناً بحيث يكون للدائرة أن تختار من بينها الأجراء
المناسب الأهمية الأسباب التي تواجهها فإن هذه الحرية وهي ترتبط بتقدير أهمية السبب تدرس
عادة مع دراسة ركن السبب لا المحل .

دائماً ، ويقوم قيلاً على كل أعمال الإدارة ولا تقوم أية سلطة تقديرية بالنسبة للغرض (١) :

فإذا كان كل من الاختصاص والغرض منظماً بالقانون ومرسوماً سلفاً بالقاعدة القانونية ، فما هي إذن العناصر التي تسقط من حساب التنظيم القانوني وتشير إلى قيام السلطة التقديرية ؟

لا يبقى إلا عناصر الشكل والسبب والمحل . فإذا ما وضع في الاعتبار أن عنصر الشكل لا يرتبط بقواعد المشروعية الموضوعية وأن الرقابة على بعض عناصر المحل تتدخل في الرقابة على السبب على ما سوف نرى ، فإن بونارد يكون على حق ، حين يقول أن السلطة التقديرية تقوم كلما أغفل القانون أن يحدد على وجه الدقة الأسباب motifs ، أى حالات الواقع أو القانون التي تمارس فيها الإدارة سلطتها (٢) :

ومن أمثلة سلطة الإدارة التقديرية سلطتها في تقدير الكفاءة العلمية لأعضاء هيئة التدريس بالجامعات كشرط لازم للترقية ، وحريتها في تقدير الأسباب المبررة لإبعاد الأجنبي ، أو تحويل مدرسة ابتدائية إلى مدرسة إعدادية وعلى ذلك فإن عدم التحديد القانوني لعناصر الشكل والسبب والمحل هو مصدر قيام أوسع السلطات التقديرية للإدارة :

حالات وسطى يجتمع فيها قدر من التقييد مع قدر من التقدير :

رأينا أن حالات السلطة المقيدة تتميز بقيام التزامين في جانب الإدارة :

(١) وفي ذلك يقول دي لوبانير

en matiere du but il n'y a pas jamais de pouvoir discretionnaire

المرجع السابق ص ٣٧٤ . كذلك بونارد المرجع السابق ص ١٩١ وموجز من القانون الإداري طبعة سنة ١٩٣٥ ص ٢٢٨ .

(٢) يراجع بونارد المرجع السابق ص ١٩٥ والدكتور إيزاب مينا - دورس في القانون الإداري جزء ص ٢١١

كذلك Venezia. Le pouvoir discretionnaire p. 24

فهي ملزمة بمراعاة توافر أسباب معينة ، وملزمة باتخاذ قرار معين إذا ما توافرت هذه الأسباب. كما تتميز حالات السلطة التقديرية بتحرر الإدارة من هذين الالتزامين ، فلا هي ملزمة بمراعاة أسباب معينة ، ولا هي ملزمة باتخاذ قرار معين أو باتخاذ أصلا .

على أن مسلك المشرع في تنظيم استخدام السلطة سواء بتقييدها أو إطلاقها على ذلك النحو ، إن كان لا يخلو من فوائد فهو لا يخلو كذلك من المضار . فتقييد السلطة وإن كان يمثل أكبر ضمان لحريات الأفراد وحقوقهم ، إلا أنه من ناحية أخرى يشل نشاط الإدارة ويقتل فيها روح التصرف ، ويجعلها أشبه بالآلة الصماء تتحرك بلا إرادة ولا حرية ، وهو أمر يتنافر مع طبيعة الحياة الإدارية ، وما تقتضيه إدارة المواقف العامة من منح القائمين عليها قسطاً من الحرية في التصرف والتدبير .

كذلك فإن إطلاق السلطة وإن كان يفسح للدائرة ذلك القسط المنشود من الحرية في التصرف ، وفي معالجة الحالات العديدة المتنوعة التي تصادفها في إدارتها المستمرة للمرافق العامة ، إلا أنه يهيء أمامها الفرصة لإساءة استخدام هذه السلطة ، والتعسف بها وتسخيرها في غير ما أعدت له ، الأمر الذي يهدد حريات الأفراد ومصالحهم .

ولهذا فانه كثيراً ما يختط المشرع نهجاً وسطاً في تنظيم استخدام السلطة بين التقييد الكامل والإطلاق التام. فيقيّد سلطة الإدارة من ناحية ، ويطلقها من ناحية أخرى . وإذا ذكرنا أن تقييد السلطة يكون بالزام الإدارة بمراعاة أسباب معينة ، وبالزامها باتخاذ قرار معين عند توافر هذه الأسباب ، وأن إطلاق السلطة يكون بتحرير الإدارة من هذين الالتزامين ، فإن حالات التنظيم الوسيط بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية ، يكون بالزامها بأحد هذين الالتزامين وتحريرها من الالتزام الآخر . ولذلك فانه يقيدها بأسباب معينة ويتركها حرة في اتخاذ القرار أو عدم اتخاذه عند قيامها . ولا يتصور التنظيم العكسي ، أي لا يتصور أن يتركها القانون حرة

في تقدير الأسباب ، ثم يقيلها بضرورة اتخاذ قرار معين ، لأن حريتها في تقدير الأسباب تقتضي منعاً منحتها حرية في اتخاذ القرار أو عدم اتخاذه حسبما يدر عن تقديرها لتلك الأسباب ، أما تقيلها بأسباب معينة فيمكن أن يقترن بحريتها في اتخاذ القرار أو الامتناع عنه حسب تقديرها .

وعلى ذلك فإن الحالات الوسطى تقوم كلما أجاز القانون للإدارة اتخاذ القرار عند قيام أسباب معينة أو عدم اتخاذه . فهي حرة في التدخل أو الامتناع عند قيام هذه الأسباب ، ولكنها لا تستطيع التدخل إلا إذا قامت هذه الأسباب .

مثل ذلك سلطة الإدارة في الترقية . فإنها مقيدة بضرورة وجود وظائف خالية للترقية إليها ولكن خلو هذه الوظائف لا يلزمها بإجراء الترقية وإنما تستطيع إرجاءها إلى الوقت الذي تراه مناسباً . كذلك فإن سلطتها في نزع الملكية مقيدة بقيام منفعة عامة ، ولكن قيام هذه المنفعة لا يلزمها بضرورة اتخاذ تدابير نزع الملكية ، وإنما هي حرة في تقدير ملائمة التصرف في الوقت المناسب له .

وإذا كان ما تقدم جميعه يشكل الصور المختلفة لسلطات الإدارة في إصدار قراراتها فقد آن أن نعرض صور الرقابة التي تجري على هذه القرارات ، ولتكشف من خلالها مجالات الملاءمة التي يمتنع القضاء الإداري عن رقابتها ، احتراماً لسلطة الإدارة في ممارستها لوظائفها الإدارية .

للبحث الثاني

المشروعية والملاءمة

إن الاختصاص المقيد يرسم بمجموعة العناصر التي يرد عليها نطاق المشروعية في كل قرار ، وهذا النطاق يخضع للرقابة القضائية . وهي رقابة قانونية . ينزل فيها القاضي حكم القانون ، ولا تمثل تسلطاً منه على الإدارة أو تدخل في عملها . ذلك لأن الإدارة خاضعة في نطاق المشروعية لقاعدة

قانونية ، تحدد لها كل أو بعض عناصر سلوكها ، ورقابة القاضي تمثل منهجاً للتحقق من مشروعية هذا السلوك ، وليست وصاية على هذا السلوك وإن من مصلحة الإدارة أن تكسو المشروعية سلوكها تحقيقاً لسيادة القانون .

وبالمثل فإن السلطة التقديرية ترسم بمجموعة العناصر التي ترد عليها نطاق الملاءمة في كل قرار . وهذا النطاق باعتباره متروكاً بمقتضى قاعدة قانونية لتقدير الإدارة ، يفلت من كل رقابة قضائية ، فليس للقاضي أن يقوم مقام الإدارة في وزنها وتقديرها لعناصر الملاءمة في عملها ، وإلا يكون قد قام بعمل من صميم اختصاصها وحل محلها فيه . كما لا يجوز له أن يصلح طبقاً لتقديره ما يراه ملائماً أو أكثر ملاءمة ، وإلا يكون قد تصرف كرئيس إداري أعلى . وفي الحالتين يكون قد جاوز اختصاصه الوظيفي بالقيام بالأعمال الإدارية ، واعتدى بذلك على مبدأ الفصل بين القضاء الإداري والإدارة العاملة .

وهذا ترتبط المشروعية بحالات الاختصاص المقيد ، كما ترتبط الملاءمة بحالات السلطة التقديرية . وتبدو فكرتنا المشروعية والملاءمة متداخلتان في كل قرار إداري بل وتتنازعان الحدود فيه . فكلما اتسعت حدود المشروعية في القرار ، ضاقت حدود الملاءمة فيه . وبالعكس أيضاً ، فإن حدود الملاءمة لا تتسع إلا لتضييق بالتبعية حدود المشروعية . ويرتبط بذلك كله رقابة القاضي التي تمتد وتنكمش تبعاً لا تساع وضيق حدود المشروعية . وتبدأ هذه الرقابة في كل الأحوال من حيث تبدأ حدود المشروعية ، وتنتهي من حيث تبدأ حدود الملاءمة .

وإذا كانت القاعدة التي تحظر على القاضي التدخل في حدود الملاءمة جامدة لا تقبل دفعاً ولا استثناء ، فإن حدود هذه الملاءمة ليست حدوداً جامدة ، وإنما هي حدود مرنة طيعة تتسع حيناً لتجور على حدود المشروعية ، وتضيق أحياناً لتجور عليها حدود المشروعية .

وقد يبدو هذا القول متناقضاً مع ما سبق بيانه من أن القاعدة القانونية

هى التى تحدد عناصر التقييد والتقدير فى كل قرار ، وبالتالى ترسم حدود المشروعية والملاءمة فيه ، بما يوفر لهذه الحدود من الثبات والاستقرار ما بقيت القاعدة القانونية قائمة ، إلا أن تصور هذا التناقض لا يقوم إلا بتجاهل دور القاضى الإدارى فى إنشاء وتقرير وتفسير القواعد القانونية .

ذلك أن القاعدة القانونية ليست هى القاعدة الوضعية وحدها ، بل هى كل قاعدة قانونية تستقى من مصادرها المختلفة ، وإذا كان التشريع الوضعى هو أول مصادر القواعد القانونية وأقواها مرتبة - بما فى ذلك الدستور - فإن القضاء له دوره الممتاز فى خلق القواعد القانونية . وفى الكشف عنها ، كذلك له دوره فى تفسير القواعد التشريعية ، بما يحدد مضمونها ونطاقها الحقيقى فى ضوء ما يستخلصه من الإرادة الضمنية للمشرع .

ولذلك فانه فى ضوء قاعدة قانونية معينة ، قد تبدو سلطة الإدارة وكأنها مقيدة وخاضعة لمبدأ المشروعية ، إلا أنه بتداخل القاضى بتقرير المبادئ القانونية العامة وبالتفسير ، قد تضحي تلك القاعدة مصدراً للسلطة التقديرية تضم عناصر من الملاءمة تغلبت من رقابة القاضى . والعكس صحيح أيضاً ، فقد تبدو السلطة تقديرية فى ضوء قاعدة معينة ، وإذا بها تنقلب بتدخل القاضى إلى سلطة مقيدة داخلية فى نطاق المشروعية وخاضعة للرقابة القضائية .

وهكذا فإن ظاهراً السلطات المنتهاد من القاعدة القانونية ، قد يتقلب بفعل القاضى بين التقييد والتقدير ، وتتغير بالتالى الحدود النواصل بين المشروعية والملاءمة ، وتتأثر بالتبعيه الرقابة القضائية فى مداها ضيقاً واتساعاً .

على أن ذلك لا ينهض أساساً للقول بأن القاضى الإدارى يقوم مع القاعدة القانونية مصدراً للتقييد والتقدير فى السلطات الإدارية ، بل أن القاعدة القانونية لا تزال هى المصدر الوحيد لتلك السلطات ، التقديرية منها والمقيدة ، ولا يعدو عمل القاضى أن يكون تفسيراً أو تقريراً للمضمون

الحقيقى للقاعدة ، وكشفاً عن طبيعة السلطة التى تملكها، الإدارة، مقيدة كانت أم تقديرية ، وبالتالى تحديد نطاق كل من المشروعية والملاءمة (١) وفى ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا إلى أن تعيين الحد الفاصل بين النطاقين مما يحضّر لرقابة المحكمة (٢) .

ونستعرض فيما يلى الحالات التى تدور فيها الملاءمة وهى تنحصر حلى النحو السابق أيضاً فى عناصر الشكل والسبب والمحل .

الشكل :

١ - قد ينص القانون على اتباع اجراءات أو أوضاع أو إفراغ القرار الإدارى فى أشكال معينة . وعندئذ تنقيد سلطة الإدارة بضرورة احترام هذه الأشكال ، وإلا كان قرارها باطلاً وغير مشروع .

من ذلك أن المادة ٨ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ توجب سماع أقوال الموظف وتحقيق دفاعه قبل توقيع الجزاء عليه ، وهن ثم يكون باطلاً كل جزاء يوقع على موظف لم يواجه بالتهمة المنسوبة اليه ولم تسمع أقواله عنها ولم يحقق دفاعه فيها (٣) . كذلك فإن ما نص عليه ذلك القانون من عرض الترقيات على لجنة شئون الموظفين ، فذلك أمر لازم يترتب على إغفاله إهدار الضمانات التى كفلها القانون من إيجاد اللجنة المذكورة بجانب الوزير .، مما يعيب القرار ويطله « (٤) . كذلك فإن قواعد تشكيل مجالس التأديب من النظام العام وهن ثم « فإن تشكيل المجلس الابتدائى بغير عضوية موظف من درجة مدير عام من مصلحة الرى التى يتبعها

(١) وحل عكس هذا الرأى يرى البعض أن التشريع ليس بالمصدر الوحيد للسلطة المقيدة بل هناك سلطة مقيدة أيضاً بواسطة القاضي نفسه De Laubadère op. cit. p. 217 فى حين يلعب قائلن إلى أن القاضي يضع تلك القواعد ولكنه لا يخلفها فهو يستخلصها من مجموع التشريع ومن روحه
Waline. Etendue et limites du controle du juge administratif sur les actes de l'administration CE Etudes & Doc. 1956 Fisc 10 p. 25

(٢) ٩٥٥/١١/٥ ج مجموعة المرسنات من ١١٩١ .

(٣) ٩٠٠/٢/٩ م/٩٠٤

(٤) ٥١٦/٢/١٩ م/٩٠٣

المدعى يؤدى إلى بطلان هذا التشكيل وبالتالي بطلان جميع الاجراءات
التي صدرت منه « (١) » .

٢ - وإذا لم يقيد القانون سلطة الإدارة باتباع أشكال معينة ، فإن
سلطانها في هذا الشأن تكون تقديرية ، وتعدو حرة في اتباع ما تراه من أشكال
دون أن تخضع في ذلك لرقابة القضاء .

وإذا كانت هذه هي الصورة العامة في الاختصاصات الادارية، المقيدة
والتقديرية فيما يتعلق بعنصر الشكل وما توجبه من انخفاض الأولى دون الثانية
للقابة القضائية ، فإن هناك استثناءات تزد عليها في شقيها .

٣ - إذ تقوم حالات تظهر فيها سلطة الإدارة وكأنها مقيدة بمقتضى
القاعدة بأشكال معينة ، ومع ذلك يحلها القاضى الإدارى من هذا القيد ،
ويطابق سلطانها في هذا الشأن ، فتغدو تقديرية بعد أن كانت تبدو مقيدة .

من ذلك ما ينص عليه قانون هيئات الشرطة من تسبب القرار الصادر
بتخطي الضابط في الترقية . ورغم ما يوحى به ظاهر النص من أن سلطة
الإدارة مقيدة بضرورة احترام هذا الشكل - وهو تسبب القرار - فإن
المحكمة الادارية العليا قضت بأنه «إذا أطلق القانون للإدارة الاختيار
في الترقية فإن قرارها والحالة هذه لا يحتمل من التسبب إن كان التسبب
في مثل هذه الحالة لازماً إلا إلى الإشارة بأنه لم يقع الاختيار عليه لشغل تلك
المناصب الرئيسية (٢) » وهذا تكون المحكمة قد أطلقت سلطة الإدارة في
التسبب أو عدم التسبب ، لأن الإشارة في القرار إلى عدم وقوع الاختيار
عليه في الترقية إنما هي في الواقع مضمون القرار وفجواه وليس تسبباً للقرار (٣)
كذلك أعفى القضاء الإدارى سلطة الإدارة من التقيد بالإشكال التي ينص

(١) ١١ م ٩٥٧/٢/٢٠ ص ٣٢٤ .

(٢) ٩٥٨/٧/١٢ ج ٣ ص ١٧٥١ .

(٣) يراجع في نقد هذا الحكم . د. سليمان الطائى . القضاء الإدارى ص ٥٧٩ .

عليها القانون في كل الحالات التي يقلد فيها أن هذه الأشكال ليست بالجوهرية (١)، وبذلك أصبحت سلطة الادارة تقديرية في اتباع تلك الأشكال أو عدم اتباعها ، من ذلك ما قضى به من أنه «إذا كان المشرع قد تطلب عرض الكشف لمدة أسبوع في مقر العمدية وفي الأماكن المطروقة في القرية دون تعيين هذه الأماكن ، مستهدفاً بذلك تمكين سكان القرية من تقديم طلباتهم بالقيود في هذه الكشف أو الحذف منها ، فإن إقتصار العرض على مقر العمدية وهو في المقام الأول من الأمكنة التي نص المشرع على أن يحصل فيها العرض ، لا يستتبع بطلان هذا العرض (٢) ، كذلك كذلك قضى بأنه «وان كانت المادة ٤٦ من اللائحة التنفيذية لقانون نظام موظفي الدولة تقضى بأن يصدر قرار التحقيق متضمناً الشخص الذي يقوم بالتحقيق والمسائل المطلوب تحقيقها ، إلا أن عدم ذكر هذه البيانات لا يترتب عليه البطلان لأنها بيانات غير جوهرية ،» (٣) كما قضى بأن ما نص عليه قانون التوظيف من إلزام لجنة شئون العاملين بأعداد تقارير كفاية الموظفين في شهر مارس من كل عام لا يترتب عليه «بطلان قرار اللجنة إن لم يصدر في هذا الشهر بالذات» (٤) .

٤ - وإذا كان ما تقدم صور لحالات تبدو فيها سلطة الإدارة وكأنها كانت مقيدة بالشكل ثم انقلبت إلى تقديرية ، فإن هناك حالات أخرى عكسية ، تبدو فيها السلطة وكأنها تقديرية ، ثم تنقلب بفعل القاضي إلى مقيدة . فقد حكمت محكمة القضاء الإداري بأن «خلو لائحة الطرق

(١) وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا أن القرار الإداري لا يبطل لميب شكل إلا إذا نص القانون على البطلان عند اغفال هذا الاجراء أو كان هذا الاجراء جوهرياً في ذاته بحيث يترتب على اغفاله بطلان القرار بحسب مقصود الشارع (٩٥٧/١١/٢٣ مجموعة المرسومات ص ١١٧٦) .

(٢) ٩٥٤/١/٢٧ م ٨٢ ص ٥٢٤

(٣) ٩٥٧/٤/٢٤ م ١١٢ ص ٣٧٣ .

(٤) ٩٥٧/١١/٢٣ م ٣٤ ص ٧٤ .

الصوفية من الأحكام التفصيلية لسير الدعوى التأديبية ، ليس معناه أن الأمر فيها يجري بغير أصول أو ضوابط ، إذ يجب توفير الاطمئنان للدوى الشأن ، وتمكين كل منهم من رد الاتهام الموجه اليه ، كحق أصيل له من حقوقه العامة . ولما كان شيء من ذلك لم يتبع في شأن المدعى .. فإن القرار الصادر من المجلس الصوفي الأعلى ينضله من شعبة الطريقة المحمدية الشاذلية يكون قد صدر مخالفاً للقانون حقيقةً بالالغاء (١) كما قضى بأن ثمة وقاعدة مستقرة في الضمير تملأ العدالة المثلى ولا تحتاج إلى نص يقررها ، وهي أن من يجلس مجلس القضاء يجب ألا يكون قد كتب أو استمع أو تكلم حتى تصفو نفسه من كل ما يمكن أن يستشف منه رأيه في المتهم ، بما يكشف لهذا الأخير مصيره مقدماً بين يديه ، فيزعزع ثقته فيه ، أو يقضى على اطمئنانه اليه . ومضى قام وجه عدم الصلاحية لنظر الدعوى امتنع على القاضى الاشتراك في الحكم ، وإلا لحق عمله البطالان .. وهذه القاعدة تنطبق جن طريق القياس الصحيح على النظام التأديبي لطلاب الجامعات ، وإن خلت لائحة نظامهم الدراسي . والتأديبي من نص خاص بالنهي ، ومن ثم تبطل محاكمة الطالب تأديبياً لميب جوهرى في الشكل إذا ما اشترك فيها عضو سبق له أن باشر عملاً من أعمال التحقيق في التهمة موضوع المحاكمة (٢) .

وهكذا تواجه الإدارة عنصر الشكل في القرار بساطة فمقدمة حيناً ، وتقديرية حيناً أخرى . كما يواجه القاضى الإدارى القاعدة القانونية التى تنظم ذلك الشكل ، بالتفسير المضيق حيناً ، والموسع حيناً أخرى ، بما يؤثر فى كل من دائرة المشروعية والملائمة ، وبالتالي فى نطاق رقابته التى تنبسط دائماً على دائرة المشروعية ، وتنحصر دائماً عن دائرة الملائمة ، باعتبارها من إطلاقات الإدارة تعمل فيها تقديرها بحرية واستقلال ، بعيداً عن رقابة القضاء .

(١) ١٨٥ ص ١٠٢ ٩٥٦/١/٢١

(٢) ٦١٣ ص ١٤ ٩٥٦/٢/٢٤

السبب :

نظراً لتعدد العناصر الداخلة في فكرة السبب وأهميتها ، ولأنها هي المحور الرئيسي للرقابة القضائية على كل قرار ، وفيها تبدو مجالات المشروعية والملاءمة متجاذبة متنازعة فيما بينها على الرقابة القضائية ، فانا نؤثر رغم ما تدعى اليه اعتبارات المقال من الإيجاز أن نعرض لفكرة السبب أولاً في حالات السلطة المقيدة ، ثم في حالات السلطة التقديرية ، حتى لا تتشابك هذه الحالات في موضوع هو بطبيعته على قدر من الدقة .

(أولاً) حالات السلطة المقيدة : في هذه الحالات يقيد القانون من سلطة الإدارة ، ويلزمها بعدم اتخاذ قرارها إلا إذا قامت الأسباب التي نص عليها . ويجرى القضاء على أن هذه الأسباب باعتبارها عنصراً من عناصر المشروعية ، تخضع لرقابته للتحقق من صحتها من الناحية الواقعية ومن الناحية القانونية . أما أهمية هذه الأسباب ومدى تناسبها مع القرار المتخذ ، فالأصل ألا يتدخل القاضي الإداري في تقديرها ، باعتبارها من عناصر الملاءمة المروكة لسلطة الإدارة التقديرية ، إلا إذا نص القانون على أهمية الأسباب باعتبارها شرطاً من شروط المشروعية ، فحينئذ تمتد الرقابة إلى هذه الأهمية .

هذه الحدود للرقابة القضائية خضعت لبعض استثناءات في كافة أقطارها ، مالت بهذه الرقابة إلى التوسع تارة وإلى الضيق تارة أخرى ، وانعكست بآثارها على دائرة الملاءمة المروكة لتقدير الإدارة ، والتي تنكش باتساع الرقابة القضائية وتتسع بانحسار هذه الرقابة (١) .

١ - فأما عن الرقابة على صحة الأسباب من الناحية المادية ، فالقضاء في هذا الشأن مضطرب وغزير . ففي مسائل العمد يشترط القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٩ في المرشح للعمدية أن يكون مقيماً بدائرتة الانتخابية ؛

(١) نحن لا ننكر أن مدى رقابة القاضي ضيقاً أو اتساعاً هي نتيجة لاتساع نطاق الملازمة وضيقها في كل قرار وليست سبباً له . ومع ذلك لانفصل أيضاً أن نطاق الملازمة لا يستقر إلا بعد إزلال الرقابة القضائية .

فاذا ما رفضت الادارة قبول ترشيح أحد الأشخاص لعدم إقامته في الدائرة التي رشح نفسه فيها وطمع في هذا القرار ، فان القضاء يتحقق من واقعة الإقامة (١) .

وبالنسبة للقرارات المقيدة للحريات ، فان القضاء يثبت من قيام حالة التهديد بالاضطراب كشرط لمشروعية القرار . فاذا تبين للمحكمة أن للشخص كان يعمل لصالح الانجليز ضد المصريين ، واستغل حماية الانجليز له بالشركة وأساء معاملته المصريين وقام ببذر الشقاق والتفرقة ، فان الاجراء الذي اتخذته القائد العام للجيش بتحديد إقامته يكون قد أملتته ظروف الحالة (٢) . كذلك فان كثرة سوابق الشخص وخطورتها تبرر اعتقاله ، ولو كانت العقوبة قد سقطت في بعضها ، ورد اعتباره في البعض الآخر ، لأن العبرة في هذا الصدد هي بماضى الشخص وما اشتهر عنه (٣) .

وبالنسبة للقرارات المتعلقة بمراكز الموظفين فانها زاعمة بالأمثلة التي يراقب فيها القضاء صحة الأسباب وأهمها مسائل التأديب . فهو يتحقق من صحة ارتكاب العامل للمخالفة المنسوبة اليه . وقضاؤه مستقر على أن الإدانة يجب أن تكون مستمدة من مصادر ثابتة في الأوراق ، ومستخلصة استخلاصاً سائفاً يؤدي إلى النتيجة التي انتهى اليها القرار . فاذا جوزى الموظف استناداً إلى ما ثبت لدى الادارة من تلاعبه في درجات الامتحان ، وتبين أن هذه الادانة قد استندت إلى مصادر ثابتة في الأوراق استخلصت منها النتيجة التي انتهى اليها القرار استخلاصاً سائفاً ، فان القرار يكون قد جاء سلباً (٤) . وعلى العكس إذا كان الجزاء قد وقع على الموظف لما نسب اليه من حصول عجز في عهدة الخشب ، وتبين للقاضي بما ورد

(١) ١١٨ ص ٩٤٧/١٢/٨

(٢) ٥٧٩ ص ٢/٨ م ٩٥٤/٢/١

(٣) ١١١/١ م ٩٥٥/١٠ ص ١٧ ، ١١١/١ م ٩٥٦/١١ ص ٦٤ .

(٤) ١١٨/١ م ٩٤٨/٢٨ ص ٢٨٣ .

في التحقيقات أن هذا العجز راجع إلى تهشم الأخشاب وتفتتها بسبب سقوط سقف المصكر ، كان ما نسب إلى الموظف وجوزى من أجله غير قائم على أساس من الصحة ، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه والحالة هذه قد جاء مخالفاً للقانون (١) .

وإذا كان القضاء الإداري يتحقق على النحو المتقدم من صحة الحالات والوقائع التي يشترط القانون قيامها كسبب للقرار ، فإنه في أحوال أخرى يخرج عن هذه القاعدة ، يمتنع عن إجراء هذه الرقابة في بعضها ، أو يتخفف منها في البعض الآخر ، تاركاً للإدارة كامل السلطة أو قسط منها في تقدير صحة هذه الوقائع .

١ - فهو يمتنع عن رقابة الوقائع كلما تعلقت بمسائل فنية موضوعية . وعلى ذلك قضى بأن اختيار البقع التي ترد عليها قرارات نزع الملكية هو أمر تقديري من شئون الوزارة ، تصدر فيه عن خبرة وفن وعن اختصاص صحيح ، وليس للمحكمة أن تعقب على هذا الاختيار من الناحية الموضوعية (٢) كما وأن تقدير درجات الامتحان هي مسائل موضوعية خاضعة للتقدير العلمي والفني للجنة الامتحان (٣) . كذلك فإن تقدير الأبحاث العلمية المبتكرة والأعمال القيمة اللازمة كشرط للترقية إلى أستاذ مساعد ، هو مما ترخص فيه السلطات الجامعية ، لأنه من النواحي الفنية الموضوعية المتروكة لتقديرها (٤) . ولا سبيل إلى الجدل في الدرجة الحقيقية التي تستحقها المدرسة ، باعتبارها من الشئون الفنية التي تستقل بها وزارة المعارف (٥) . كذلك فإن القومسيون الطبي المصكري هو الجهة

(١) ٢٢/٢/١٩٤٨م ص ٤٢١ .

(٢) ٢٩/١١/١٩٥٣م ص ٤٠٨ .

(٣) ٢٤/١٢/١٩٥٤م ص ١٠٥ .

(٤) ١٣/٦/١٩٥٩م ص ١٥١٤ .

(٥) ٢٥/٤/١٩٥١م ص ٩٠٩ .

الرسمية التي ناط بها المشرع توقيع الكشف الطبي على المقترعين وتقدير لياقتهم أو عدم لياقتهم العسكرية ، ورأيه في ذلك من الوجهة الطبية الفنية هو الرأي الأخير بلا رقابة عليه من القضاء (١) .

وإذا كان القضاء لا يتصدى لرقابة صحة الأسباب الفنية ويتركها لتقدير الإدارة ، فإنه يراقب الظروف التي انبثت عنها هذا التقدير ، والعناصر التي أقيم عليها ، فإن كانت سليمة فقد سلم تقدير الإدارة ، وإلا كان التقدير فاسداً لفساد الظروف والضوابط التي أقيم عليها (٢) . كما أنه يراقب صحة قيام الحالة الفنية ذاتها كالحالات المرضية ، إذا ما تعلق بها قرار مقيد للحريات العامة ، مثل القرارات الصادرة بحجز المرضى بمستشفى الأمراض العقلية (٣) .

ب - وفي أحوال أخرى لا يتسلب القاضي الإداري من رقابته على صحة قيام الواقعة مادياً ، وإنما هو يخفف من هذه الرقابة ويحد منها ، وقد برز هذا القضاء خاصة في مسائل تأديب الموظفين ، وبمناسبة أعمال رقابته على الوقائع المادية المنسوبة إلى الموظف ارتكابها . وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا ولل قضاء الإداري في حدود رقابته القانونية أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع : وهذه الرقابة لا تعني أن يحل القضاء الإداري نفسه محل السلطات التأديبية المختصة فيها هو متروك لوزنها وتقديرها ، فيستأنف النظر بالموازنة وال ترجيح فيها يقوم لدى السلطات التأديبية المختصة من دلائل وبيانات وقرائن أحوال إثباتاً أو نفياً في خصوص قيام أو عدم قيام الحالة الواقعية أو القانونية التي تكون ركن السبب ، بل إن هذه السلطات حرة في تقدير تلك الدلائل وقرائن الأحوال ، تأخذها دليلاً إذا اقتنعت بها وتطرحها إذا تطرق الشك إلى وجدانها . وإنما الرقابة التي للقضاء الإداري

(١) ٢٤/٥/١٩٥٧ م ٢/١١ ص ٢٨٨

(٢) ٥/٤/١٩٥١ م ٥٢٦ ص ٨٢٦ ، ١٤/٣/١٩٥٨ م ١٢ ، ١٣ ص ٨٣ .

(٣) ٢٧/٦/١٩٥٩ ع ١٦٢٢ ص

في ذلك نجد حلها الطبيعي كرقابة قانونية في التحقق مما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار التأديبي في هذا الخصوص مستفادة من أصول أو اثبتتها السلطات المذكورة وليس لها وجود ، وما إذا كانت النتيجة مستخلصة استخلاصاً سائفاً من أصول تنتجها مادياً أو قانوناً (١) وهذا القضاء الذي لازالت تردده المحكمة الادارية العليا في أحكامها ، يبعث على التفرقة بين قيام الدليل على الواقعة ، وبين الاقتناع به . فالدليل ينبغي أن يكون له أصل ثابت في الأوراق ومستساغ عقلاً . فان قام هذا الدليل فلا جناح على الإدارة إن هي اعتمدت عليه وركنت إليه . وعلى ذلك فان رقابة القضاء لا تنصب مباشرة على مدى امكانية الاقتناع بالدليل ، وانما هي تنصب على قيام الدليل ذاته ، وهو سند الاقتناع وأساسه ، فان توافر هذا الدليل بعناصره ، وركنت اليه الإدارة كانت النتيجة التي خلصت اليها - في قيام الواقعة - مستخلصة استخلاصاً سائفاً من الأوراق (٢) .

وهكذا تتجلى دائرة المشروعية والملاءمة بالنسبة إلى تقدير ماديات الأسباب التي يحددها القانون كشرط لمشروعية القرار : فرغم أن هذا التقدير يعتبر من عناصر المشروعية الخاضعة للرقابة ، فان القاضي اقتصر في رقابته على ما كان منها غير متصل بمسائل فنية ، وبذلك خرجت الوقائع المتصلة بمسائل فنية من دائرة المشروعية ، لتنساب إلى دائرة الملاءمة المتروكة لتقدير الإدارة .: وحتى بالنسبة للمسائل الأولى التي مد القاضي رقابته اليها فانه وقف عند حد التحقق من قيام الدليل عليها ، وبذلك انساب الاقتناع بالدليل إلى دائرة الملاءمة التقديرية للإدارة .

وبهذا يكون القاضي قد أغلقت للإدارة مكاناً للتقدير في مجال كان يبدو طبقاً للقاعدة خاضعاً لرقابته .

(١) ٩٥٧/٢/١٦ ح ٢٦ ، ٥٢٦ ، ٩٥٨/١٢/٦ ح ٤ ص ١٠٣

(٢) يراجع تعليقنا على هذا الحكم تحت عنوان « حدود الرقابة القضائية على صحة السبب في القرار الإداري » مجلة العلوم الادارية السنة الرابعة العدد الثاني ص ١٢٩ .

٢ - بعد أن يتحقق القاضي من صحة الواقعة في الحدود المتقدمة ينزل عليها حكم القانون ، لمعرفة مدى مطابقتها له . وفي ذلك قد يلجأ إلى تكييف الواقعة أو تفسير القانون أو اليهما معاً .

فأما عن تكييف الواقعة فمن أمثلتها رقابة القاضي على الوصف القانوني للأبنية ، وما إذا كانت تعتبر قانوناً معدة للخيرات أو الصدقة فتحفى من عوائد الأملاك المبنية من علمه (١) ؛ وما إذا كان طلب الاستقالة المقدم من الموظف قد صدر عن إكراه أفسده من علمه (٢) . كذلك فإن مسائل التأديب غنية بالأمثلة التي يراقب فيها القاضي صحة تكييف الفعل الثابت صلوره من الموظف ، وما إذا كان يعتبر قانوناً مخالفة تأديبية تسوغ الجزاء . فثلاً إن ذكر الموظف وقائع غير صحيحة في الدعوى التي أقامها على الإدارة ، هو من مقتضيات الدفاع وطبيعة المنازعات ولذلك فلا محل لمؤاخذته عنه (٣) ، أما تجاوزه حدود الدفاع إلى ما فيه تمجيد لروائيه أو التطاول أو التمرد عليهم ، فإنه يعد اختلالاً بمقتضيات وظيفته (٤) ،

وأما بالنسبة إلى تفسير القانون فإن القاضي يراقب صحة التفسير الذي ذهب إليه الإدارة لأن الخطأ في تفسير القانون يؤدي إلى الخطأ في تطبيقه على الواقعة . فثلاً قضت المحكمة بأن الإنقطاع عن العمل الذي يترتب عليه قانوناً اعتبار الموظف مستقلاً ، هو الإنقطاع الإختياري ، وعلى ذلك فإنه إذا تغيب الموظف عن عمله لأمر خارج عن إرادته بسبب القبض عليه ، فلا يصح اعتباره منقطعاً وبالتالي مستقلاً (٥) . كذلك فإن حظر الزواج من غير معصية ، الذي فرضه القانون على أمناء المحفوظات أسوة بأعضاء السلك السامى والتنصلى ، واعتبار الموظف الذي يخالف ذلك مستقلاً من وظيفته

(١) ١٠٥٣ م ١٠١/١٢/١٢ ص ١٠٥٣

(٢) ١٠٥٠/١١/٥ ح ٣٣ .

(٣) ١٠٥٢/٢/١٣ م ٢/٦ ص ٤٥٠

(٤) ١٠٥٣/٢/١٤ ح ١/٣ ص ٤٠٢

(٥) ١٠٥٣/١/١٤ م ٢/٧ ص ٣١٢

هو واجب لصيق بالوظيفة يقع على عاتق من يضطلع بها ، يستوى في ذلك أن يكون اضطلاعاً بها عن طريق التعيين فيها ، أو بطريق الندب لها ، ولهذا فإن المنتدب لتلك الوظيفة يتحمل بهذا الواجب طوال مدة ندبه شأنه في ذلك شأن المعين على حد سواء ، فإن أحل بهذا الواجب وتزوج من أجنبية أثناء فترة ندبه ، فإن القرار الصادر باعتباره مستقيلاً يكون صحيحاً لقيامه على سبب صحيح (١) . كذلك فإن التشويكات المرضية بأحد القديمين التي يترتب عليها الإغفاء من الخدمة العسكرية تنصرف إلى كل تشويه ولو لم يكن من أثره إعجاز القدم عن أداء وظيفتها . وإذا قامت بالمحدد حالة من حالات هذا التشويه ، فإن القرار الصادر بتجنيده يكون مخالفاً للقانون (٢)

ومع ذلك فإن هذه الرقابة التي يجرى بها القاضي الإداري على تكيف الواقعة ليست مطلقة . إذ يمتنع عن التصدي لتكييف الواقعة كلما تعلقت بمسائل فنية . من ذلك ما قضى به من أن اعتبار ابتكار ما تطبيقاً جديداً لطرق أو وسائل معروفة أم لا ، يرجع إلى تقدير الجهات الفنية المختصة ، وليس للقضاء الإداري أن يعقب عليها في هذا الأمر الفنى الذي هو من صميم اختصاصها (٣) .

وعلى ذلك فإن تكيف الوقائع يتدرج في دائرة المشروعية الخاصة لرقابة القضاء ، فيما عدا الوقائع المتصلة بمسائل فنية فإن تكيفها يرتبط بعناصر الملازمة التي تستقل الإدارة بتقديرها .

٣ - وإذا كان تقدير الوقائع والأسباب التي ينص عليها القانون كشرط لمشروعية القرار يشمل تقدير حصتها من الناحية الواقعية وصحة تكيفها من الناحية القانونية ، فإنه يشمل كذلك تقدير أهميتها . والقاعدة المستقرة

(١) ١٠٦٣ / ٤ / ٥ ع ٩٥ م ٢ / ٣ ص ١٠٦٣ .

(٢) ٨٧٦ / ٤ / ١٤ م ٩٥٣ م ٢ / ٧ ص ٨٧٦ .

(٣) ٢٧٣ / ١ / ٣٠ ع ٩٦٠ م ٥ ص ٢٧٣ .

في هذا الشأن أن القاضي الإداري لا يراقب أهمية الواقعة إلا إذا قضى القانون صراحة أو ضمناً بأن تكون على درجة معينة من الأهمية أو الخطورة .

ومن أمثلة ذلك ما ينص عليه قانون موظفي الدولة من اعتبار الموظف مستقلاً إذا انقطع عن عمله مدة معينة ولم يبد علماً مقبولاً لهذا الانقطاع . وفي مجالات تطبيق هذه القاعدة فإن القاضي لا يقف برقبته عند حد رقابة قيام العذر ، بل ويراقب كذلك ما إذا كان هذا العذر مقبولاً بمرور انقطاعه عن عمله دون إذن (١) . كما يقضى القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٧ بأن يكون العمدة معلماً بالقراءة والكتابة . ويتأكد القاضي الإداري من أن المام بالعمدة بالقراءة والكتابة على درجة من الكفاية يتحقق معها مقصود الشارع من وجوب توافر هذا الشرط . (٢) كذلك فإن المادة الرابعة من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٤١ الخاص بإنشاء نقابة الصحفيين تشترط فيما تشترطه للتقيد في جدول النقابة أن يكون الطالب حاصلاً على شهادة دراسية عالية من مصر أو الخارج ، أو أن يكون على درجة من الثقافة التي تقتضيها مهنة الصحفي . وتتحقق الحكمة من توافر درجة الثقافة هذه ، وما إذا كانت تستفاد من أعداد المجلة التي قدمها الصحفي للتدليل على ثقافته (٣) .

وإذا كانت القاعدة المقررة على الوجه المتقدم ، أن تقدير أهمية الوقائع وملاءمتها للقرار المتخذ هو من الملاءمات المتروكة لتقدير الإدارة ، وأن القاضي لا يتدخل في تقدير هذه الأهمية إلا إذا استوجب القانون أن تكون الواقعة على درجة من الأهمية ، أي إذا كانت أهمية الواقعة شرطاً من شروط المشروعية في القرار ، فإن القضاء الإداري يخرج على هذه القاعدة ومد رقابته إلى أهمية الوقائع في طائفتين من القرارات كانت تبدو فيها هذه الأهمية ، في ضوء القواعد القانونية ، عنصراً من عناصر الملاءمة الخاصة سلطة الإدارة التقديرية .

(١) ٩٥٣/٥/٢٤ م ٢/٧ ص ١٣٨٩ .

(٢) ٩٥٠/٥/١٦ م ٤ ص ٨٠٠ .

(٣) ٩٥٣/٢/٧ م ٢/٧ ص ٤٤٣ .

والطائفة الأولى تشمل القرارات المتعلقة بالحریات العامة ، وفى ذلك تقول محكمة القضاء الادارى انه «إذا كانت الادارة تملك فى الأصل حرية وزن مناسبات العمل ، وتقدير أهمية النتائج التى ترتب على الوقائع الثابت قيامها ، والتى من أجلها تتدخل لإصدار قرارها ، إلا أنه حينما تحتلط مناسبة العمل الادارى بمشروعيته ، ومتى كانت هذه الشرعية تتوقف على حسن تقدير الأمور خصوصاً فيما يتصل بالحریات العامة ، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره ، فلا يكون العمل الإدارى عندئذ مشروعاً إلا إذا كان لازماً . وهو فى ذلك يخضع لرقابة المحكمة فإذا ثبت جدية الأسباب التى بررت هذا التدخل ، كان القرار بمنجاة من أى طعن . أما إذا اتضح أن هذه الأسباب لم تكن جدية ، ولم تكن لها الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحریات العامة ، كان القرار باطلاً» (١). ومن تطبيقات ذلك قضت محكمة القضاء الادارى بأن إجراءات الاعتقال وتحديد الإقامة يجب ألا يلجأ إليها إلا عند الضرورة القصوى التى يستعصى فيها اللجوء إلى الاجراءات العادية ، لما فى ذلك من مساس بالحرية الشخصية . فائراء الشخص مثلاً وما تثيره المباحث العامة من شكوك حوله فى هذا السبيل لا يسوغ استعمال السلطة فى الاعتقال وتحديد الإقامة (٢) ، وبالمثل فإن الأسواق وهى ميادين لحرية التجارة لا يجوز إغلاقها إلا لأسباب خطيرة تتعلق بالأمن العام ، ولذلك فإنه ليس من الضروري تعطيل السوق الذى لا يدار إلا يوماً واحداً فى الأسبوع ، لقيام حادث بين قبيلتين ، لا سبباً وقد انقضى أكثر من سنة ونصف منذ وقوع هذا الحادث دون أن يتم الصلح بين القبيلتين (٣)

وأما الطائفة الثانية فتتعلق بقرارات التأديبية . وقد تقلب القضاء

(١) ٢٩/٤/٩٥٣ م ٣/٧ ص ١٠٢٧ ، ٢٥/٣/٩٥٦ م ١٠ ص ٢٥٨ .

(٢) ١٣/١/٩٥٦ م ١٠ ص ١٢٨ .

(٣) ٢٢/١/٩٥٣ م ٢/٦ ص ٣٤٠ .

فما يتعلق بتقدير أهمية المخالفة المنسوبة إلى الموظف ومدى تناسبها مع الجزاء الموقع عليه من أجلها كل منقلب ، إلى أن استقر على فرض رقابته على تلك الأهمية . وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا «ولئن كانت للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك ، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أية سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو . ومن صور الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره . . . وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة . ومعيار عدم المشروعية في هذه الصورة ليس معياراً شخصياً ، وإنما هو معيار موضوعي ، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره . وغنى عن البيان أن تعيين الحد الفاصل بين نطاق المشروعية ونطاق عدم المشروعية في الصورة المذكورة مما يخضع أيضاً لرقابة المحكمة (١) .

وهكذا فإن تقدير أهمية الأسباب ومدى تناسبها مع القرار ، هو بحسب الأصل من الملاءمات التي تخضع لوزن الإدارة وتقديرها دون معقب عليها من القضاء إلا استثناء حيث يقضى القانون باعتبار هذه الملاءمة من عناصر المشروعية . ويضاف إلى هذا الاستثناء طائفتا القرارات التأديبية والقرارات المتعلقة بالحريات العامة حيث اعتبرت الملاءمة في هذه القرارات متداخلة في مشروعيتها ، ومن ثم انسحبت عليها الرقابة القضائية .

وباستقراء ما تقدم من صور الرقابة في حالات السلطة المقيدة ، يتبين كيف عدل القاضي من الحدود الفاصلة بين المشروعية والملاءمة . فقد ارتد

(١) يراجع في تطور هذا القضاء تمليقنا حل الحكم تحت عنوان «الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات التأديبية مجلة العلوم الإدارية السنة الخامسة ص ٢٦٥ وما بعدها .

محدود المشروعية لتفصح مجالاً للعلامة الادارية فيما يتعلق بتقدير قيام وتكييف الأسباب المتعلقة بمسائل فنية . ومن ناحية أخرى ارتد محدود العلامة لتفصح مجالاً للمشروعية في تقدير أهمية وملاءمة القرارات التأديبية والمتعلقة بالحريات العامة .

(ثانياً) حالات السلطة التقديرية : من المفترض في هذه الحالات ، أن القانون لم يقيد سلطة الادارة بأسباب محددة ومعينة تبين عليها قراراتها كما هو الشأن في حالات السلطة المقيدة ، بل تركها حرة طليقة في اتخاذ قراراتها كلما لاحت لها الأسباب التي تراها طبقاً لتقديرها مسوغة ومبررة لتدخلها ومن البديهي أنه في هذه الحالات لا يستطيع الوقوف على الأسباب التي استندت اليها الإدارة إلا إذا هي أفصح عنها ودلت عليها . فان أخفت هذه الأسباب فقد استحال — بصفة عامة — معرفتها والكشف عنها ، وبناء على هذه الاستحالة أقام القضاء قرينة قضائية على صحة الأسباب التي يقوم عليها القرار في هذه الحالات (١) .

أما إذا أفصحت الادارة عن أسباب قرارها ، إما نزولاً على نص قانوني أمر يلزمها بالتسبيب ، وإما طواعية واختياراً حال كونها غير ملزمة بذلك ، فتذكر تلك الأسباب إما في صلب القرار أو في المذكرات الملحقة به ، أو في معرض الدفاع ويمتامية الدعوى المقامة في شأنه ، فقد استقر القضاء على أنه «وان كانت الإدارة غير ملزمة ببيان أسباب قرارها إلا حيث يوجب عليها القانون ذلك ، إلا أنها متى ذكرت أسباباً فان هذه الأسباب ولو في غير الحالات التي يوجب القانون ذكر أسباب فيها ، تكون خاضعة لرقابة المحكمة للتعرف على مدى صحتها من الوجهة الواقعية ، ومن جهة مطابقتها للقانون نصاً وروحاً . فاذا استبان أنها غير صحيحة واقعياً أو أنها

(١) يراجع قوة هذه القرينة وما إذا كانت بسيطة أم قاطعة واتجاهات القضاء في شأنها وصالتنا في «رقابة القضاء الإداري على الوقائع في قضاء الالغاء» ص ١١٢ .

تتطوى على مخالفة للقانون .. كان القرار معيياً حقيقياً بالالغاء لانعدام الأساس الذى يجب أن يقوم عليه أو لفساده » (١)

وعلى ذلك فإنه رغم أن تلك الأسباب هى بحسب الأصل تخضع لتقدير الادارة لتتخذ ما تشاء منها أساساً لقرارها ، إلا أن القضاء الادارى اشترط أن تكون هذه الأسباب صحيحة فى حكم الواقع ، صحيحة فى حكم القانون ، وفرض رقابته عليها للتحقق من صحتها . أما تقدير أهمية هذه الأسباب ومدى تناسبها مع القرار المتخذ ، فقد تركه القضاء لمطلق تقدير الادارة ومع ذلك فإنه يشترط أن تكون الأسباب مبررة فى ذاتها للقرار وذلك كماه على التوضيح الآتى :

١ - فن صور الرقابة على صحة الأسباب من الناحية الواقعية ما قضى به من أنه يجب لصحة الترقية بالاختيار أن يصادف الاختيار ذوى الكفاءة ، وأن يكون الترشيح فيه مستنداً إلى وقائع صحيحة تؤدى اليه (٢) : كذلك فان قرار الاحالة إلى الاستبعاد ، وقد اعتمد على أسباب غير صحيحة ولا تؤدى اليه ، يكون قد صدر باطلا (٣) : وإذا بنت الادارة قرارها بسحب الترخيص على مجرد تحريات لم تتأيد بدلائل ، بل وتدحضها التحريات السابقة ، فان قرار السحب يكون قد بنى على أسباب غير جديده وجاء مخالفاً للقانون (٤)

واستثناء من ذلك يرفض القضاء الادارى مد رقابته على صحة الأسباب المتعلقة بقرارات بوليس الأجانب وفى ذلك تقول المحكمة الادارية العليا وإن الدولة تتمتع بسلطة عامة مطلقة فى تقدير مناسبات إقامة أو عدم إقامة الأجنبي فى أراضيها ، وأنه يجب عايه مغادرة البلاد مهما تكن الأعداد والذرائع التى يتعالى بها أو يتمحل لها ، حتى ولو لم يكن به سبب يدل

(١) ٢٥٠٣/٢/٢٥ م ٢/٧ ، ٧٤٤ ، ١٧/٣/٩٠٦ ح ٢/١ ص ٥٥٥

(٢) ٩٥٣/١١/٨ م ٧ ص ٢٩١

(٣) ٩٥٤/١٥ م ٨ ص ٣٩٠

(٤) ٩٥٧/١/٢٢ م ١/١١ ص ١٥٥

على خطورته على الأمن أو الآداب (١) .

٢ - ومن صور الرقابة على صحة تكييف الأسباب وقيامها في حكم القانون ما قضى به من أن القرار الصادر بفصل موظف بناء على حكم صدر ضده بالحبس شهراً وهو حكم نقضته محكمة النقض ، يعتبر قراراً صادراً بناء على سبب غير قائم قانوناً ، وجاء بالتالي مخالفاً للقانون (٢) . كذلك فإن تحطى الموظف في الترقية استناداً إلى أنه من خريجى معهد التربية هو قرار باطل لعدم مشروعية السبب الذى قام عليه (٣) .

٣ - أما تقدير أهمية الأسباب ومدى تناسبها مع القرار المتخذ فقد أوضحنا أن هذا التقدير يخرج - كمقاعدة - في حالات السلطة المقيدة من نطاق المشروعية الخاضعة لرقابة القاضى ، ويظل في نطاق الملاممة المتروكة لسلطة الإدارة . وهذا التقدير يخرج من باب أولى في حالات السلطة التقديرية التى لا تنقيد فيها الإدارة بأسباب معينة إذ يعتبر هذا التقدير من الملاممات المتروكة لتقدير الإدارة (٤) .

ومع ذلك فإنه رغم مسكوت القانون عن تحديد الأسباب التى تدعو إلى إصدار القرار ، فقد يشترط أن تكون الأسباب الداعية إلى اتخاذ خطيرة وعلى درجة من الأهمية ، وعندئذ تصبح هذه الأهمية من عناصر المشروعية وتعتمد إليها الرقابة القضائية .

من ذلك ما أجازه قانون العهد للجنة الشياخات من العلول عن اختيار حائز الأغلبية في الانتخابات بشرط قيام أسباب خطيرة تبرر هذا العلول :

(١) ٩٥٦/٤/٧ ع ٦٥٧ ، ٩٥٦/٨/٤ ع ٣/١ ص ١٠٠٦ .

(٢) ٩٥٤/١/١٥ ع ٨٢ ص ٣٧٣ .

(٣) ٩٥٨/١١/٢٩ ع ١/٤ ص ٢٦٦ .

(٤) « أما أهمية السبب أو خطورته من قام من ملاممات الإدارة التى تخضع لسلطتها المطلقة في التقدير مادامت لاتتطوى على إساءة استعمال السلطة » ٩٥٦/٢/٨ ع ٢ ص ١٦١ .

ولذلك فإن القضاء لا يراقب صحة هذه الأسباب فحسب ، بل ودلائها في قيام هذه الخطورة : فإذا كان السبب في العدول عن ترشيح حائز الأغلبية أن العملة المنتخب هو وأخ العملة المتوفى وأن العملة في بينهم أصلاء فإن هذا السبب لا ينهض من الأسباب الخطيرة التي قصدها القانون (١) كذلك لا يجوز القانون إحالة أعمال عمدة قرية إلى عمدة قرية أخرى الا عند الضرورة القصوى . ويراقب القضاء عند قيام الادارة بهذه الاحالة ما إذا كانت الأسباب التي استندت اليها تشكل حالة من حالات الضرورة القصوى (٢) .

وإذا كان القاضي الإداري يمتنع عن رقابة أهمية الواقعة ومدى تناسبها مع القرار المتخذ ، فإنه يقدر الواقعة ذاتها ليرى ما إذا كانت - وبصرف النظر عن أهميتها - تبرر القرار (٣) : من ذلك ما قضى به من أن كون الموظف مالكى المذهب هو سبب لا يبرر تخطيطه في الترقية إلى وظيفة قاض ، (٤) وإحالة إلى المعاش لأنه أوشك على بلوغ السن القانونية وللانتفاخ بوظيفته في حركة الترقيات هي أسباب لا تنهض مبرراً للملك القرار (٥) . وإذا سبق للشخص الحصول على ترخيص بإدارة صيدلية

(١) ١٢/٢٧/٩٤٩ م ٤٦ ص ١٦٦ .

(٢) ١٢/٢/٩٥٢ م ٢/٦ ص ٤١٦ .

(٣) تفرق بين تقدير الواقعة في ذاتها وتقدير الواقعة في أهميتها . أما تقدير الواقعة في ذاتها فهو تقدير عام يمثل في وزن قيمتها بحسب وصفها العام وبعد تجريدها من عناصرها الخاصة في الحالة الفردية المعروضة والنظر فيها إذا كانت بذاتها يمكن أن تبرر القرار المتخذ أما تقدير الواقعة في أهميتها فأمر جد مختلف . إذ لا شك أن من الوقائع ما تندرج بطبيعتها من حيث الأهمية والخطورة وتحميل درجات متفاوتة منها حتى أن الواقعة الواحدة تختلف في خطورتها بتغير الظروف التي تقع فيها . ولذلك فإن تقدير أهمية الواقعة لا يكون بالنظر اليها في وصفها العام وإنما يكون بالنسبة لما في خصوصية الحالة المعروضة ووزنها في محيط الظروف التي وقعت فيها والملازمات التي اقترنت بها فهو إذن تقدير خاص يتم بالنسبة لكل حالة حل حده (وصافنا . المرجع السابق ص ٣٣ وما بعدها) .

(٤) ١٣٥٨ م ٢/٧ ص ١٣٥٨ .

(٥) ١٢/٢/٩٥٢ م ٢/٦ ص ٦٥٦ .

وباع الترخيص لآخر ، مما يفيد أنه يتخذ من هذه التراخيص تجارة ،
فانه سبب يبرر رفض طلبه بإدارة صيدليه ، حتى لو توافرت له الأسبقية ،
مادام القانون لم يجعل الأولوية حقاً لصاحب الطلب الأسبق بل ترك الأمر
لمخص تقدير الادارة (١) .

وتعتبر الواقعة غير مبررة للقرار إذا سبق للادارة أن قلدرتها على وجه
مغاير : فثلاً ضعف وضع الموظف مادام لم يمنع في الماضي من ترقيته حتى بلغ
الدرجة الرابعة ، كما لم يكن في نظر لجنة شئون الموظفين مانعاً من اقتراح
ترقيته إلى الدرجة الثالثة ، فانه يكون سبباً غير جدى ولا يبرر تخفيضه في
الترقية (٢) . وإذا جددت الادارة مدة تطوع شخص لأسباب معينة فانه
لا يجوز فصله بناء على هذه الأسباب بعينها (٣) .

وهكذا يتكشف كيف أن المشروعية والملاءمة تتقاضمان عناصر السبب ،
حتى في حالات السلطة التقديرية التي كان يلبو فيها السبب منطقة حرة
تستقل بها الملاءمة وحدها ، ونجول فيها السلطة التقديرية للادارة بحرية (٤)
فقد زحفت المشروعية لتأخذ لها مكاناً اختصت فيه بتقدير صحة هذه الأسباب
من الناحية الواقعية ومن الناحية للقانونية ، وكذلك تقدير ما إذا كانت
هذه الأسباب مبررة في ذاتها للقرار ، ولم يبق للملاءمة من بعدها إلا تقدير
أهمية تلك الأسباب ومدى تناسبها مع القرار المتخذ .

وإن هذه الحدود بين المشروعية والملاءمة هي بلداتها الحدود القائمة
بينهما في حالات السلطة المقيدة ، بحيث لم يعد هناك مجال للثغرة

(١) ١٤ / ١ / ٩٥٣ م ٢ / ٨ ص ٤٥٤ .

(٢) ٦ / ٢ / ٦٥٢ م ٢ / ٦ ص ٦٢٧ .

(٣) ٦ / ٥ / ٦٥٣ م ٣ / ٧ ص ١٠٩٨ .

(٤) كان هذا هو المتصور في مرحلة من مراحل القضاء الفرنسي حتى أوائل هذا القرن .
وكانت تسمى تلك القرارات بالقرارات التقديرية إلى أن بدأ القضاء الفرنسي يد رقابته إلى
أسبابها في أوائل القرن الحالى وتبعه في ذلك القضاء المصرى على النحو السابق عرضه .

بين حالات السلطة المقيدة وحالات السلطة التقديرية في خصوص تقدير السبب : إذ في كل هذه الحالات تضم المشروعية عناصر تقدير قيام السبب من الناحية المادية ومن الناحية الواقعية وتضم الملازمة تقدير أهمية السبب وتناسبه مع القرار .

ثم يرد على هذه القاعدة العامة استثناءان هامين أحدهما لصالح المشروعية والآخر لصالح الملازمة .

أما الاستثناء الأول فقد انطوى على انتزاع جزء من عناصر الملازمة ، وضمه إلى مجال المشروعية . وتمثل ذلك في سلطة القاضي في رقابة أهمية السبب بالنسبة للقرارات التأديبية والقرارات المقيدة للحريات في أحوال السلطة المقيدة ، وفي رقبته لدى تقرير السبب للقرار في أحوال السلطة التقديرية .

وأما الاستثناء الثاني فقد جرى عكسياً بانتزاع جزء من عناصر المشروعية في بعض حالات السلطة المقيدة والتقديرية . وإضافته إلى مجال الملازمة . وتمثل ذلك في سلطة الإدارة في تقديرها لصحة الأسباب من الناحية الواقعية والقانونية إذا ما تعلقت بمسائل فنية دون رقابة عليها من القضاء .

وكان الباعث على الاستثناء الأول حماية حريات الأفراد ومراكز الموظفين بالنسبة لقرارات دقيقة تهدد هذه الحريات والمراكز بأثار خطيرة . وكان الباعث على الاستثناء الثاني هو رعاية الإدارة ، وتمكينها من أداء وظيفتها بسلطة وحرية ، في مسائل فنية تملك بما لديها من أجهزة متخصصة صلاحية البت فيها (١) .

(١) وفي ذلك يقول فالين أن مشكلة السلطة التقديرية ذات وجهين : حماية السلطة الإدارية وحماية حقوق الأفراد ويجب التوفيق بينهما حتى لا تتوارى الحياة الاجتماعية في الفوضى أو الاستبداد .

Waline. Etendue et limites du controle du juge administratif sur les actes de l'administration CE. Etudes & Doc. 1956 Fise. 10. p. 25.

نحل القرار :

ونحل القرار هو أثره القانوني المترتب عليه مباشرة . وفي هذا النحل تدور سلطة الادارة بين التقدير والالتزم حول ثلاثة عناصر : إصدار القرار أو عدم إصداره ثم وقت إصداره ثم فحواه .

فأما عن سلطة الادارة في إصدار القرار أو عدم إصداره ، فقد يقيد القانون سلطتها هذه ويلزمها باتخاذ القرار إذا ما توافرت أسبابه التي نص عليها : مثل ذلك منح تراخيص البناء لكل من استوفى الشروط القانونية ، والإعفاء من التجنيد لكل من توافرت فيه إحدى حالاته ، والقيد في نقابة المحامين لكل من استوفى شروطه . فإن لم يقيد بشيء من ذلك كانت سلطتها حرة في تقدير مناسبات إصداره أو الامتناع عنه . وتطبيقاً لذلك فإنه إذا كان الاعفاء منحة من الادارة لصاحب الشأن تقرر ما بناء على تفويض من القانون فإن الإدارة والحالة هذه تترخص في منحها بسلطتها التقديرية ، وليس لممول أن يجبرها على منح هذا الاعفاء ما دام المشرع قد ترك الأمر لمطلق تقديرها (١) كذلك سلطتها في إنشاء الوظائف العامة وفي تحديد عددها أو نقلها من وزارة أو مصلحة إلى أخرى هي سلطة تقديرية تعملها حسبما تراه من وجه المصلحة العامة فيها (٢) .

وأما عن سلطة الادارة في اختيار وقت تدخلها ، فهي بدورها قد تكون مقيدة إذا ما ألزمها القانون بالتدخل في وقت معين . مثل ذلك ما يقضى به من ترقية كل من أمضى ١٥ سنة في درجة واحدة . وقد تكون تقديرية إذا أطلقها من هذا القيد وتركها حرة في اختيار الوقت الملائم لتدخلها ، حتى لو توافرت أسبابه ، فتصبح هذه الملاءمة من الاطلاقات المروكة للادارة دون أن تخضع في ذلك لرقابة القضاء . وعلى ذلك فإن الادارة بما لها من سلطة تقدير مناسبات القرار الإداري ترخص في تعيين الوقت الملائم لإصداره بلا معقب عليها في هذا الشأن من المحكمة ... بشرط

(١) ١٢٠٧/٥/٩ ج ٤ ص ١٢٠٧

(٢) ١٢٠٨/٦/١٩ ص ١٣٠

ألا يكون القانون قد عين لها ميعاداً يحتم إصدار القرار فيه وإلا كان إصداره بعد الميعاد مخالفاً للقانون (١) ، وتطبيقاً لذلك فإن «اختيار الوقت الملائم لشغل الدرجات الحالية بالوزارة أمر متروك لتقدير السلطة الادارية تصرف فيه بما تراه محققاً للمصلحة العامة ولا الزام عليها قانوناً في شغل الدرجات الحالية في ميعاد معين ما دام القانون لم يفرض عليها شيئاً من ذلك (٢)

أما عن فحوى القرار ومضمونه فإنه ما لم يقبلها القانون مقدماً باتخاذ قرار معين ، فإنها تكون حرة في اختيار القرار الذي تراه متلائماً مع أهمية الأسباب التي تواجهها ، وملاءمة القرار في هذه الحالة أى التناسب بين سببه ومحلّه هي من عناصر السلطة التقديرية التي لا تخضع لرقابة القضاء إلا في الحدود التي أظهرناها فيما تقدم عند استعراض الرقابة على أهمية السبب .

وهكذا فإنه في ختام هذا الباب يمكن القول بأن القاعدة في امتناع القاضى الادارى عن تقدير الملاءمة في الأعمال الادارية هي قاعدة ثابتة لا يرد عليها استثناء ، ومع ذلك فإن دائرة هذه الملاءمة تتفاوت ضيقاً واتساعاً بالاتجاهات القضائية في التفسير والتقدير والابتداع . وبهذا فإن القاضى الذى يلتزم بالامتناع عن تقدير الملاءمة هو الذى يرسم حدودها وبالتالي يرسم حدود امتناعه .

وإذا ما قورن مسلك القضاء فيما يتعلق بامتناعه عن تقدير الملاءمة ، بمسلكه فيما يتعلق بامتناعه عن القيام بالأعمال الادارية - السابق دراستها في الفصل السابق - لتبين أنه يقدر المرونة والتطور المستمر الذى بلغه في المجال الأول بقدر التزم والجمود الذى اعتراه في المجال الثانى .

(١) ٤٠/١٠/٩٥٠٠ م ، ص ٧٣٥ .

(٢) ٧٤/١٢/٩٥٢ م ، ص ٩٧ ، ٢٨/١١/٩٥٩ ع ، ص ٦٨ . ويلاحظ أن سلطة الادارة في اختيارات وقت إصدار القرار تتدخل في سلطتها في إصدار القرار أو الامتناع عنه . ذلك أنها حين تصدر القرار فإن ذلك يقطع في أنها قدرت مناسبة الوقت . وإن هي امتنعت عن إصدار فقد يكون من بين أسباب امتناعها تقديرها لعدم ملاءمة الوقت .

وبرغم ما فى التطور فى المجال الأول من دقة ومشقة لم يشفق القضاء
من خوض غمارها ، فقد نأى عن التطور فى المجال الثانى وهو أدنى فى الدقة
والمشقة ،

ولعله يكفى فى تصوير الدقة والمشقة فى المجال الأول ، أن مجلس الدولة
كان يجاهد فى توسيع وبسط رقابة حتمية ومنتجة على أعمال الإدارة ،
مع ما فى ذلك من مخاطر جرح استقلال الإدارة . ومع ما بلغه من شأو
فى هذا المجال ، فإنه لم يتقدم منذ قرن من الزمان نحو المجال الثانى بتحديد
الآثار الحتمية لأحكامه بالالغاء مع نخلوها من الدقة والمشقة ، وبعدها عن
مخاطر جرح استقلال الإدارة .

الباب الثاني

احترام الإدارة العاملة لأحكام القضاء الإداري

إذا كان مبدأ الفصل بين القضاء الإداري والإدارة العاملة قد تمثل في وجهه الأول الذي قدمناه في الباب السابق في احترام القضاء الإداري لاستقلال الإدارة بوظيفتها الإدارية ، فإنه يتمثل في وجهه المقابل في احترام الإدارة لاستقلال القضاء الإداري بوظيفته القضائية ، وذلك باحترام الأحكام الصادرة منه وتنفيذ مقتضاها .

على أنه ليس صحيحاً باطلاق ، القول بأن التزام الإدارة باحترام الأحكام القضائية يجد مصدره في المبدأ المذكور وحده ، إذ هو ذبيح كذلك مما لهذه الأحكام من قوة ملزمة (١) يخضع لها من صدرت ضدهم أفراداً أكانوا أم هيئات إدارية . وتلك خصيصة لصيقة بالأحكام بوصفها صادرة عن سلطة عامة ، بدونها تعدو هذه الأحكام حروفاً ميتة ، وعملاً ذهنياً يقتصر فيه القضاء جهده لإظهار الحقيقة القانونية ، دون أثر فعلي في تغيير الحقيقة الواقعية المخالفة ، وهي هدف التقاضي وأمل المتقاضين .

ولذا كان تنفيذ الأحكام الصادرة في القضاء الكامل باقرار الحقوق

(١) يفرق الفقه بين حجية الأمر المقضي وبين القوة الملزمة والقوة المتبعة التنفيذية للأحكام فيرى البعض أن حجية الأمر المقضي لها مضمونان مضمون شكل مؤداه أن ما قضى به نهائياً لا يجوز إعادة طرحه على القضاء ومضمون مادي أو إيجابي وهو القوة الملزمة للحكم وتتحصل أثرها في ضرورة مطابقة المراكز القانونية مع ما تضمنه الحكم . ويرى البعض أن حجية الأمر المقضي هي قاعدة إجرائية تنتج أثرها في مواجهة القضاء ولا تتضمن إلا أثرها الأول فقط . وبذلك تختلف حجية الأمر المقضي عن القوة التنفيذية ويلجب البعض مع التسليم بصحة هذه التفرقة إلى أنه يتمين التفرقة كذلك بين القوة الملزمة للحكم وهي تتمثل في التزام المحكوم عليه بتنفيذه وبين ماله من قوة تنفيذية وهي تضيف إليه قوة أخرى تتمثل في إمكان تنفيذه بالاتجاه إلى القوة الجزرية يرجع في تفصيل ذلك دكتور عبد المنعم جبره . رسالته في آثار حكم الإنهاء ص ٣١ وما بعدها .

أو تحرير التعويضات لا يثير من صعوبات إلا ما يبدو من الإدارة من تأخير في التنفيذ أو إصرار على عدم التنفيذ ، فإن تنفيذ الأحكام الصادرة بالإلغاء يثير بالإضافة إلى ذلك العديد من الصعوبات والتحديات . ذلك لأن القضاء وكما سبق بيانه ، يقتصر على الحكم بالإلغاء دون أن يحدد آثاره أو يرتبها ، ولهذا تبرز الصعوبات حول تحديد هذه الآثار في نطاق ما قضى به الحكم وكيفية تنفيذها ، سواء في الفترة السابقة على الحكم والتي نفذ فيها القرار الملغى ، أو اللاحقة لصدور الحكم بالإلغاء ، خاصة في الحالات التي يصطلم فيها هذا التنفيذ بمراكز نشأت بأعمال أو قرارات مستندة إلى القرار الملغى . ولهذا سوف نعرض أولا حجية الأحكام وآثارها ثم قواعد تنفيذها ثم المسئولية عن عدم تنفيذها .

الفصل الأول

حجية الأحكام وآثارها

مضمون الأحكام :

تبعاً لولاية القضاء الإداري واختصاصه بالفصل في دعاوى الإلغاء وفي دعاوى القضاء الكامل، يمكن القول بأن من الأحكام التي يصدرها ما هو قضاء «بالغاء» وما هو قضاء «بإعطاء» (١)

فيكون قضاء بإعطاء كل حكم صدر بتعويض أو بدين في دعاوى المسؤولية أو العقود، أو صرف راتب يقرره القانون، أو منح درجة تقررها قواعد الانصاف الملزمة، أو ضم مدة خدمة وردت في شأنها نصوص آمرة وذلك في الدعاوى التي أطلق عليها دعاوى التسويات .

ويكون قضاء بالغاء كل حكم انصب على الغاء قرار مطعون فيه . وقد يقع هذا الإلغاء جزئياً أو كلياً . فيكون الإلغاء جزئياً في الحالات التي يرد فيها عيب عدم المشروعية على جزء أو بعض من أجزاء القرار المطعون فيه ، كما لو صدر القرار بترقية بعض الموظفين متخطياً أحدهم بالمخالفة لقواعد الترقية فحينئذ يكون الإلغاء جزئياً فيما تضمنه القرار من تخلف من ترك في دوره ، أو يرد العيب على بعض آثار القرار كما لو صدر منعطفاً بآثاره رجعياً إلى تاريخ سابق ، فحينئذ يكون الإلغاء جزئياً فيما تضمنه من رجعية ، مع الإبقاء على القرار في كافة آثاره الأخرى (٢)

(١) حسين أبوزيد . مقاله السابق . مجلة مجلس الدولة العدد الأول ص ١٦٥ وما بعدها .

(٢) مثل ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري من أن الوزير عندما أصدر قراره المطعون فيه نص في مادته الثالثة على سريان مفعوله اعتباراً من أول يناير سنة ١٩٤٦ مع أن هذا القرار لم يصدر إلا في ٨ مايو سنة ١٩٤٧ ومن حيث أن صدور القرار على هذا الوضع يعتبر مخالفاً للقانون فيتعين إلغاؤه فيما نص عليه في مادته الثالثة من استناد أثره إلى الماضي (١٧ / ١ / ١٩٥٠ م ٤ ص ١٩٥) .

ويكون الالغاء كلياً إذا شاب القرار عيب مطلق أصابه برمته، كما لو شابه عيب عدم الاختصاص أو عيب في الشكل ، إذ عندئذ ينهار القرار من أساسه، أو يكون القرار متضمناً حكماً واحداً شابه العيب كقرار اعتقال شخص تبين عدم مشروعية السبب الذي استند إليه ، فحينئذ يكون الالغاء كلياً بعد إذ لم يبق للقرار محل يقوم عليه . ويكون الإلغاء كذلك كلياً ولو ورد العيب على جزء من أجزائه إذا كانت هذه الأجزاء ترتبط ببعضها ارتباطاً وثيقاً فيمتد العيب الذي حاق بالجزء إلى باقي الأجزاء المرتبطة ليطولها ، ويكون الالغاء حينئذ كلياً ، كما لو صدر قرار بترقية شخص إلى درجة أعلى ونقله إلى وظيفة من الدرجة الأعلى ، إذ يترتب على بطلان الترقية بطلان النقل بالترقية ، ويتحقق الإلغاء الكلي للقرار .

وفي هذه التفرقة قضت المحكمة الإدارية العليا بأن مدى الالغاء يخضع بحسب الأحوال ، فقد يكون شاملاً لجميع أجزاء القرار وهذا هو الالغاء الكامل ، وقد يقتصر الالغاء على جزء منه دون باقية ، وهذا هو الالغاء الجزئي كأن يجري الحكم بالغاء القرار فيما تضمنه من تخلف المدعى في الترقية وغنى عن البيان أن مدى الالغاء يحدد بطلبات الخصوم وما تنهى إليه المحكمة في قضائها (١)

ويحدد الحكم مدى الالغاء وشموله خاصة في حالات الالغاء الجزئي ، إذ يوضح الحكم الجزء الذي شمله الإلغاء وانصب عليه ، حتى يمكن تحديد نطاق الالغاء وآثاره وبالتالي تحديد التزامات الإدارة في تنفيذه . وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا وأن الحكم بالغاء ترقية قد يكون شاملاً لجميع أجزائه وبذلك ينعدم القرار كله ويعتبر كأنه لم يكن بالنسبة إلى جميع المرقين ، وقد يكون جزئياً منصّباً على خصوص معين ، فيحدد مداه على مقتضى ما استهدفه حكم الالغاء . فإذا كان قد اتبني على أن أحداً

(١) ١٥/١١/٩٥٨ ع مجموعة المشر سنوات ص ٦٥٨ ، ٢٦/١١/٩٦٠ ع المجموعة

للمذكورة ص ٦٥٩ .

من كان دور الأقدمية يجعله محققاً في الترقية قبل غيره فمن يليه ، فالغنى القرار فيما تضمنته من ترك صاحب الدور في هذه الترقية ، فيكون المدعى قد تحدد على أساس إلغاء ترقية التالى في ترتيب الأقدمية ، ووجوب أن يصدر قرار بترقية من تحظى في دوره ، وبأن ترجع أقدميته في هذه الترقية إلى التاريخ المعين لذلك في القرار الذى ألغى إلغاء جزئياً على هذا النحو (١) .

حجية الأحكام :

إن الأحكام الصادرة في دعاوى القضاء الكامل تحوز حجية نسبية مقصورة على أطراف الخصومة التى صدر فيها بالحكم دون غيرهم . ولهذا فليس لهؤلاء الأعيان من ظلوا خارج الخصومة الاحتجاج أو الاستفادة بالحكم الصادر فيها .

أما أحكام الإلغاء فتحوز حجية مطلقة ، وتنتج أثرها بالنسبة للكافة ، ولهذا يستفيد منها كل ذى مصلحة في زوال القرار الملغى ، ولو لم يكن طرفاً في الخصومة . فإذا قضى بإلغاء لائحة جنائية مثلاً زالت أحكامها ، وانعدمت في مجال التطبيق القانونى ، بحيث لا يجوز الاستناد إليها في تقرير أية جريمة أو توقيع أية عقوبة ، وإلا كان للفرد - وأى فرد - أن يتمسك بحجية الشيء المقضى بحكم الإلغاء .

وإذا كانت الحجية المطلقة لأحكام الإلغاء تستند إلى نص خاص في قانون مجلس الدولة ، فإنها تجد مبررها في اعتبارات قانونية ترجع إلى طبيعة الحكم ذاته ، وطبيعة الدعوى التى صدر فيها . فدعوى الإلغاء ليست دعوى بين أشخاص يتنازعون حقاً مختلفاً عليه ، وإنما هى دعوى توجه ضد قرار يختصم فيها ، وينتج عايه إصابته بعيب عام ، لو صح لأضى إلى بطلانه ، لا بالنسبة إلى رافع الدعوى وحده ، بل وبالنسبة إلى الكافة .

وإذا كانت هذه الحجية هى كذلك حجية عينية كنتيجة طبيعية لإعدام

القرار الإداري في دعوى هي في حقيقتها اختصام له في ذاته (١) ، فإن هذه الحجية تكون من النظام العام . وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن المركز التنظيمي متى انقسم النزاع في شأنه بحكم حاز قوة الشيء المحكوم فيه ، فقد استقر به الوضع الإداري نهائياً . فالعودة إلى إثارة النزاع فيه بدعوى جديدة ، هي زعزعة لهذا الوضع الذي استقر وهو ما لا يتفق ومقتضيات النظام الإداري . ولذلك كان استقرار الأوضاع الإدارية وعدم زعزعتها بعد حسمها بأحكام نهائية حازت قوة الشيء المقضي به ، بمثابة القاعدة التنظيمية العامة الأساسية التي يجب النزول عليها للحكمة التي قامت عليها وهي حكمة ترتبط بالنظام العام .. ومن ثم فالمحكمة أن تنزل هذه القاعدة الأساسية في نظر القانون على المنازعة من تلقاء نفسها ، أياً كان موضوعها وسواء أكانت طعنًا بالغاء القرار الإداري أم غير ذلك ، ما دام الموضوع معتبراً من المراكز التنظيمية المرد فيه إلى أحكام القانون ، ولا يملك الطرفان الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام » (٢)

وترتيباً على هذه الحجية المطلقة لحكم الالغاء والمعتبرة من النظام العام فإن « لكل شخص أن يتمسك به بالحكم فلا يجوز أن يكون موضوعاً لمساومة أو تنازل من ذي شأن فيه ، وإلا كان ذلك إبقاء على المخالفة القانونية التي شابت القرار المحكوم بالغائه ، وتفويتاً لثمره الحكم ، الأمر الذي يتعارض مع الصالح العام . وعلى ذلك يكون باطلاً ولا يعتد به التنازل الذي تستند إليه الحكومة وبالتالي لا يصلح مبرراً لامتناعها عن تنفيذ الحكم » (٣)

كذلك فإنه لإعمالا للحجية المطلقة لحكم الالغاء ، فإن كل دعوى جديدة تهدف إلى الغاء القرار الملغى تعتبر غير ذات موضوع (٤) . وفي ذلك

(١) ١٥ / ١١ / ٩٥٨ ج مجموعة الشرسونات ص ٦٥٨ .

(٢) ١٨ / ١ / ٩٥٨ ج ٣ ص ٦٠٨ .

(٣) ١٣ / ٣ / ٩٥٦ م ١٠ ص ٢٤٨ .

(٤) Waline. Le Controle op. cit. p. 193

قضت المحكمة الادارية العليا بانه «إذا ألغى مجلس الدولة قراراً ادارياً، ثم أقام طاعن آخر دعاوى أخرى أمام مجلس الدولة بالغاء ذات القرار، كانت الدعوى الثانية غير ذات موضوع، باعتبار ذلك إحدى نتائج الحجية المطلقة للشيء المقضى في حكم الالغاء». وكذلك من لم يختصم في الدعوى بتصيبه آثار حكم الالغاء بوصف أنه من الكافة، وتكون الادارة على صواب في تطبيقه في شأنه. وذلك لأن دعوى الالغاء أشبه بدعوى الحسبية التي يمثل فيها الفرد مصلحة المجموع (١)». وتطبيقاً لذلك فانه لو صدر اثناء نظر دعوى الغاء قرار، حكم في دعوى أخرى بالغاء ذلك القرار، فان الدعوى الأولى تصبح غير ذات موضوع وتنتهى الخصومة فيها (٢).

على أن هذه الحجية لا تكون باطلاقتها إلا في حالات الالغاء الكلي. أما في حالات الإلغاء الجزئي، فانها لا ترد إلا على ما تناوله حكم الإلغاء وانصب عليه الالغاء، وتنحصر عن الأجزاء الأخرى التي لم يمتد إليها حكم الالغاء، والتي يجوز بالتالى الطعن عليها من كل ذى مصلحة.

ومن الصبر البارزة في أعمال حجية الالغاء، دعاوى المسؤولية التي تقوم على التمرار الملقى. ذلك أن هذه المسؤولية تستند في أحد أركانها إلى قيام خطأ من جانب الادارة في إصدارها للقرار. وإذا كان هذا الخطأ قد فصل فيه حكم الالغاء، بما أثبتته من عدم مشروعية ذلك القرار، فإن هذا الحكم يجوز حجية أمام قاضى المسؤولية بحيث يمتنع عليه طرح هذه المشروعية للبحث من جديد، وبذلك قضت المحكمة الادارية العليا بأنه ولا محل للمودة لبحث مشروعية القرار الادارى، ولا تفحص أسبابه ومبرراته والظروف التي أحاطت بإصداره، بعد أن قضى عليه حكم الالغاء بأنه قرار مخالف تماماً لحكم الدستور والقانون، وقد جاز ذلك الحكم

(١) ١١/٢٦/٩٦٠ خ مجموعة القرارات ص ٦٥٩.

(٢) ١٣٢٨ خ ٥/٩٥٩/٤٤ ص ١٣٢٨.

قوة الشيء المقضي به في ظل قانون مجلس الدولة وتحصنت جميع آثاره (١) .

على أنه ليس من مقتضيات قاعدة الحجية المطلقة التي تنسب لها أحكام الإلغاء ، أن تهدم قاعدة أخرى أصلية ، وهي قاعدة الأثر النسبي للأحكام عامة وامتناع انتفاع الأغيار - كبداً عام - بآثار هذه الأحكام . إذ تقتصر الاستفادة من نتائج الإلغاء المباشرة على من أقام دعوى الإلغاء في الميعاد دون من تقاعس عن إقامتها تهاوناً أو تهرباً . ذلك أن تفويت ميعاد الطعن بالإلغاء وثيق الصلة بمبدأ استقرار المراكز الإدارية . ومع ذلك فقد حاول القضاء الإداري جاهدة التوفيق والملاءمة ، بين التزام هذه النسبية بقصر آثار الحكم على طرفي الخصومة ، وبين الحرص على احترام تلك الحجية المطلقة ، فجعل هذه الحجية واضحة في الآثار القانونية المترتبة لزماً على الإلغاء ، وفي الأوضاع الواقعية التي لما ارتباط وثيق وأصرة أكيدة بالمراكز الملقاة . فالآثار الواقعية التي تنشأ عن أحكام الإلغاء يجوز بحكم ترتيبها الحتمي ولزومها العقلي أن يمتسك بها أولو الشأن في طلب إلغاء قرار آخر ، ما دامت هذه النتائج المحتملة يتعين على الإدارة التزامها بل إنفاذها من تلقاء نفسها نتيجة لحكم الإلغاء (٢) .

الأثر الأحكام :

إن الأحكام الصادرة في دعاوى القضاء الكامل ، هي كقاعدة عامة ذات أثر كاشف : ذلك لأن هذه الدعاوى ، وسواء أكانت من دعاوى الاستحقاق - وهي ما تسمى بدعاوى التسويات - أو دعاوى المسؤولية أو منازعات العقود ، إنما تقوم على أساس مراكز قانونية أو حقوق ذاتية ، وإن الحكم الصادر فيها إنما يقرر هذه المراكز والحقوق ، ويكشف عن صحتها وصلاحها منذ نشأتها . ولهذا كانت هذه الأحكام كاشفة عن الحقوق

(١) ١٢/٧/٩٥٨ ع ٣٤١٥٧٤ . ويلاحظ أن عدم مشروعية القرار لا يكون موجباً لتعويض إذا كان عدم المشروعية راجعاً إلى عيب عدم الاعتصاص أو الشكل إلا إذا كان العيب مؤثراً في مضمون القرار حكم ١٥/١١/٩٦٦ ع ١٢ من ٣٠ .
(٢) ٢١/١/٩٦٤ ع مجموعة العشرين من ٦٦٠ .

الشخصية ، وكانت حجتها - بالضرورة وعلى ما سلف البيان - نسبية لا تتعدى أشخاص من شملهم تلك الأحكام .

أما الأحكام الصادرة بالإنهاء فيترتب عليها إعدام القرار الملغى ، وزواله من الوجود القانوني ، واعتباره كأن لم يكن *aneanti* وكأنه لم يصدر . وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن مقتضى الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى الذى قضى بإلغاء قرار هو إعدام هذا القرار ، ومحو آثاره من وقت صدوره (١) . وهذا التعميم فى الأثر المعدم للقرار ينبغى تناوله بشئ من التخصيص .

ذلك لأن حكم الإنهاء يطوى لزوماً قضاء بعدم مشروعية القرار الذى نزل عليه الإنهاء . وهو فى قضائه بعدم المشروعية قضاء كاشف ، يقرر الحقيقة القانونية التى اكتسب بها القرار منذ صدوره . أما فى قضائه بالإلغاء فانه قضاء منشىء يوقع جزء عدم المشروعية ، بانزال الإنهاء وما يقضى اليه من إعدام القرار وزواله من الوجود القانوني . وهذه هى من السمات المميزة لحكم الإنهاء . فهو رجعى فى قضائه بعدم المشروعية ، فورى فى قضائه بالإلغاء .

وفى هذا تفسير لاختلاف طبيعة القرار الملغى وأعمال تنفيذه فى الفترة السابقة على حكم الإنهاء ، عنه فى الفترة اللاحقة له . ذلك أنه نزولاً على الأثر الرجعى للقضاء بعدم المشروعية ، يعتبر القرار الملغى فى الفترة السابقة على صدور الحكم قراراً غير مشروع ، يجر بالتبعية عدم مشروعية ما رتبته من آثار وما تم تنفيذه منها . أما بعد صدور الحكم ، فانه نزولاً على الأثر الفورى للقضاء بالإنهاء وما يترتب من إعدام القرار ، فان القرار الملغى يعتبر قراراً منعدماً فأقلد صفة الإدارية ، وبالتالي فان أى عمل من أعمال الاستمرار فى تنفيذه - بعد الحكم - يتدرج ضمن أعمال التعدى *Voie de fait* (٢) .

(١) ١/٢٦ / ٩٦٠ ح مجموعة المشر سنوات ص ٦٦١ .

(٢) Drago III op. cit. p. 113. Waline. Le Controle op. cit. p. 189

كذلك فانه ترتيباً على رجعية حكم الالغاء فى قضائه بعدم مشروعية القرار ، فان القرار الذى تصدره الادارة تنفيذاً لهذا الحكم ، يطوى بدوره وبالفرضورة أثراً رجعياً ينسحب إلى تاريخ صدور القرار الملغى ، وذلك استثناء من القاعدة العامة فى عدم رجعية القرارات الادارية ، وعدم ترتيبها لآثارها إلا من تاريخ صدورها . (١) وبذلك قضت المحكمة الادارية العليا بأن «المفروض فى القرار الادارى الذى يصدر تنفيذاً لمقتضى الحكم أن ينسحب إلى التاريخ الذى ينسحب اليه الحكم فى قضائه وهو مقرر وراجع إلى الماضى كما سلف الذكر» (٢).

ونفاذاً للأثر الرجعى لحكم الالغاء ، وما يترتب من تجريد القرار من آثاره منذ صدوره ، ينهض التزام فى جانب الادارة باعادة الحال إلى ما كان عليه ، ورد ما كان إلى ما كان ، وتسوية الحالة على هذا الوضع ، وهو التزام إيجابى . كذلك فانه نفاذاً للأثر الفورى للحكم وما يترتب من اعدام القرار الملغى ، ينهض التزام آخر فى جانب الادارة بالامتناع عن اتخاذ أى اجراء تنفيذى يودى إلى احداث أثر للقرار بعد الغائه . وهو التزام سلبي .

وعكس ذلك دكتور محمد كامل ليله إذ يرى أن حكم الالغاء يعدم القرار منذ صدوره المرجع السابق ص ١٢٧٧ . بينما يلحظ د. رمزي الشاذلي أن القرار الادارى المشوب بعيب عدم المشروعية البسيط والذى يجوز الطعن فيه بالغاء شجازه السلطة لا يمكن أن يكون مصدراً لاعتداء ماضى وأن صدور حكم من محكمة القضاء الادارى بالغاء ذلك القرار غير المشروع لا يثير من طبيعة العملية المادية التى أجريت لتنفيذه قبل الحكم باطلاله ويعمل منه مصدراً لاعتداء ماضى (تدرج البطلان فى القرارات الادارية ص ٢٦٢) ، أما تنفيذ الادارة لقرار إدارى يمد صدور حكم بالغاؤه فيمد تنفيذاً لقرار معلوم مادياً حيث يفقد القرار الباطل صفته القانونية إذا حكم بالغاؤه ويعتبر قراراً غير موجود فى الواقع ويقع الاعتداء المادى فى التنفيذ نفسه لا فى القرار إذ أن التنفيذ فى هذه الحالة لا يستند إلى أى أساس قانونى (المرجع السابق ص ٢٥٩) ويرى بونارد أن الحكم بالغاء قرار يكشف عن عدم مشروعيته منذ صدوره

Bonnard. Le controle juridictionnel p. 81.

CE 26 — 12 — 1925 Rodière S 1925 — 111 — 49 Note Hauriou (١)

دكتور سليمان الطماوى القرارات الادارية ص ٥٤٤

(٢) ١٧/١٠/٩٥٩ ج ٤ ص ٦٢٨ .

على أنه في بعض الحالات النادرة التي يتوقف فيها التنفيذ على الأفراد وبحيث يمكنهم العودة إلى الوضع السابق دون حاجة إلى اللجوء إلى الإدارة للتدخل بعمل إيجابي من ناحيتها ، فإن حكم الإلغاء يكفي في هذه الحالات لترتب بذاته كل آثاره . كالحكم بإلغاء لائحة جنائية ، يحل الأفراد من الالتزام بأحكامها ، ويفرض على القاضى الجنائى التزاماً بعدم تطبيقها ، ولو لم تتدخل الإدارة من جانبها بإجراء إيجابي لسحبها من مجال التطبيق تنفيذاً لحكم الإلغاء.

والالتزام السلبي للإدارة بعدم تنفيذ القرار الملغى لا يشير صعوبة وإن كان يأخذ أشكالا لتحاييل . أما الالتزام الإيجابي بإعادة الحال إلى ما كان عليه وتسوية الأوضاع والمراكز بالمطابقة لما قضى به الحكم ففيه تكمن الصعوبة وتبرز الخلافات حول التنفيذ ، بل وعدم التنفيذ ، تتناو لها كلها في الفصل التالى .

الفصل الثاني

تنفيذ الأحكام

للبحث الأول

التنفيذ عن الفترة السابقة على الحكم

الالتزام بالتنفيذ :

ليس من طبيعة الأحكام الصادرة في القضاء الكامل أن تثير مشاكل أو صعوبات قانونية : فالأحكام الصادرة بالدين أو التعويضات تحدد المبالغ المحكوم بها أو نجعلها قابلة للتحديد على الأسس المقررة بها ، وما على الإدارة إلا اتخاذ الاجراءات المادية لصرف قيمتها إلى المحكوم لصالحهم ، كذلك فانه في دعاوى التسويات يحدد الحكم في أسبابه بل وفي منطوقه أساس التسوية وعناصرها وآثارها المالية ، وما على الإدارة إلا تنفيذها على النحو الذي حدده الحكم وصرف الفروق المالية إن تمخضت التسوية عن مثل هذه الفروق . وعلى ذلك فان تنفيذ الأحكام الصادرة في دعاوى القضاء الكامل لا يقتضى إلا اتخاذ إجراءات مادية بحتة ، ثم أنه بما هو من التعقيد ، نظراً لأن الحكم يحدد في قضائه الحقوق المحكوم بها بما يحسم كل نزاع حولها .

أما الحكم بالالغاء فقد ذكرنا أنه يرتد رجعياً في قضائه بعدم المشروعية إلى تاريخ صدور القرار الملغى ، ليجرده من كل آثاره ، ويسبغ علم المشروعية على ما تم تنفيذه منها . ثم أنه من ناحية أخرى لا يرتب الآثار الصحيحة أو يصحح من الآثار الخاطئة ، لأن ذلك من صميم عمل الإدارة تتولاه بنفسها ، فتقوم باعادة الحال إلى ما كان عليه وتسوية الأوضاع والمراكز القانونية تنفيذاً مطابقاً لما قضى به الحكم .

وتداخل الادارة بأعمال التنفيذ ، هو التزام يتحقق فى جانبها بالحكم وقد يدعوها إلى اتخاذ أعمال قانونية بإصدار القرارات الإدارية اللازمة ، أو إلى مجرد أعمال مادية تنفيذية لا ترقى إلى مرتبة القرارات الادارية .

وفى ذلك نفرق بين نوعين من القرارات الملغاة : فمنها ما تكون قرارات ايجابية ، وهى تكون كذلك كلما أحدثت جديداً فى الأوضاع القانونية سواء بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانونى . ومثلها قرار فصل موظف أو اعتقال شخص أو الاستيلاء على عقار أو محو قيد محام فى النقابة . والحكم بإلغاء مثل هذه القرارات الايجابية ، يجردها منذ صدورهما ، من كل آثارها التى ترتبت عليها فى قسم العلاقة الوظيفية للموظف ، أو تقييد الحرية الشخصية للمعتقل ، أو حيازة العقار المستولى عليه . وهذه الرجعية هى الرجعية الهادئة غايتها إعدام كل أثر للقرار فى الماضى (١) .

retroactivité destructive

وان تدخل الادارة بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور القرار الملغى ، وذلك بإعادة الموظف إلى وظيفته ، أو إطلاق سراح المعتقل ، أو رد العقار المستولى عليه ، ليس الاعلا مادياً وتنفيذياً للحكم حتى لو أفرغت الادارة عملها فى شكل قرار بإلغاء قرار فصل الموظف وبإعادته إلى عمله ، فان هذا القرار لا ينهض قراراً ادارياً بالمعنى الدقيق محدثاً لأثره القانونى فى شقة الخاص بإلغاء الفصل ، إذ أن هذه الإلغاء قد وقع بالحكم وليس بالقرار . وأما عن شقة الخاص بإعادة إلى الوظيفة فان من أثر الحكم اعتبار العلاقة الوظيفية للموظف قائمة لم تنقسم ، ومن ثم تكون اعادته إليها اجراء مادياً وتنفيذياً للحكم ،

وعلى ذلك فان إلغاء القرارات الايجابية بما يرتبه من تجريدتها من آثارها غير المشروعة يفرض على الادارة التزاماً بإزالة تلك الآثار ، وعملها فى ذلك هو مجرد عمل مادى تنفيذى ، تتحلل فيه من الشروط والقواعد

(١) د. سليمان الطحاوى . القرارات الادارية ص ٥٥٩ .

التي ترتبط بها في حالة اصدار القرار الملغى خاصة قواعد الاختصاص والشكل (١) .

ومن القرارات ما يكون سلبياً أو امتناعياً وهو يكون كذلك كلما رفضت الادارة احداث تعديل في الوضع القانوني ، كالقرار الصادر برفض التصريح لشخص بحمل سلاح أو بفتح محل ، أو برفض الاذن له بالسفر ، أو برفض قيده في جدول المحامين . ففي هذه الحالات فان الحكم بالغائها يجردها من كل آثارها التي ترتبت عليها في الرفض أو الامتناع عن إصدار الترخيص أو الاذن أو القيد، وهذه هي الرجعية الهادمة، كما يفرض على الادارة التزاماً باتخاذ القرار الذي رفضت أو امتنعت عن اصداره وهذه هي الرجعية البناءة *retroactivité constructive* والقرار الذي تتخذ الادارة في هذا الشأن هو قرار اداري بالمعنى الدقيق ، فهو الذي يرتب المركز القانوني في التصريح بحمل السلاح أو الاذن بالسفر أو القيد في الجدول ، وهو اثر لم يرتبه حكم الالغاء الذي اقتصر على الغاء القرار السلبى بالامتناع عن الترخيص ، دون أن يتعدى ذلك إلى اصدار القرار الايجابي بالترخيص ، وهو عمل من أعمال الادارة ينحصر عنه الحكم احتراماً لاستقلالها .

على أن من القرارات ما تبدل في ظاهرها ايجابية ، وهي في حقيقتها - وبالنظر إلى الطاعن فيها - سلبية امتناعية . فقرارات التعيين أو الترقية

(١) «المقرر أن هذه الاجراءات لازمة في الأحوال العادية لحكمة اقتضاها الشارع ضماناً للصالح العام للوصول إلى وضع جديد . فلذا كان هذا الوضع الجديد قد تقرر بحكم فان المفروض حيناً أن الصالح العام قد روي فيه فلا حاجة بالشارع إلى ضمان آخر . ذلك أن الحكم قرينة قانونية قاطعة على صحة ما قضى به ولا غناء من وراء عرض الوضع الجديد الذي قرره الحكم القضائي حل جهة إدارية أخرى لتصدر فيه قراراً . ذلك أنه إذا كان ليس لها إلا أن توافق بغير مناقشة احتراماً للحكم كان العرض عليها غير لازم أو ضرباً من العبث وإن كان لها أن تناقش فيه كان مجرد العرض عليها مساساً بقوة الشيء المقضي به وهذا مخالف للقانون لأن قوة الشيء المقضي به أحل من القرارات الجمهورية ومن القوانين ذاتها بل لا تستطيع أن تؤثر فيها القوانين الجديدة لذلك يكون اللجوء إلى اجراءات معينة لأخذ رأى جهات إدارية في الوضع الجديد الذي قرره الحكم تصرفاً بغير مقتضى ولا موجب له قانوناً لاتعدام علته وعدم الفائدة منه بعد صدور الحكم» - حسين أبو زيد . مقاله السابق .

تبدو إيجابية بما وردت عليه من تعيين وترقية ، ولكنها في حقيقتها وفيما تضمنته من تخطي أحد المرشحين في التعيين أو تخطي أحد الموظفين في الترقية قرارات سلبية ، ينطبق عليها ما ذكرناه في الفقرة السابقة عن الأثر المترتب على إلغاء تلك القرارات . فالحكم بإلغاء قرار فيما تضمنه من تخطي مرشح في التعيين أو تخطي موظف في الترقية ، مجرد هذا التخطي وما طواه من امتناع عن تعيين أو ترقية الطاعن من آثاره ، ويرتب التزاماً في جانب الإدارة بتعيين أو ترقية الطاعن بقرار إداري تتخذه بنفسها ، لينشئ المركز القانوني في التعيين أو الترقية .

غير أن المحكمة الإدارية العليا أثارت في أحد أحكامها الشك حول قيام التزام في جانب الإدارة باصدار القرار الذي امتنعت عن اصداره . كآثر من آثار الحكم بإلغاء هذا الامتناع . فقد قضت بأنه « ليس من أثر الحكم أن يعتبر من صدر لصالحه مرقى بذات الحكم ، وإلا كان ذلك بمثابة حلول المحكمة محل الإدارة في عمل . هو من صميم اختصاصها بل لا بد من صدور قرار إداري جديد ينشئ المراكز القانونية في هذا الشأن على مقتضى ما قضت به المحكمة » . ونحن نسلم معها بذلك ونقرها عليه . غير أنها أضافت « وليس للمحكمة أن تلزم جهة الإدارة بإجراء الترقية في وقت معين مهما وجد من الدرجات الشاغرة إذ لا تملك المحكمة أن تنصب نفسها مكان الإدارة في تقدير ملائمة إجراء أو عدم إجراء الترقية في تاريخ معين وهي ملائمة تستقل بجهة الإدارة بالترخيص في تقديرها حسب ظروف الأحوال ومقتضيات الصالح العام » (١) . ولعل التفسير الظاهري الذي يمكن مسائلة هذا الاتجاه هو أن إلغاء قرار ترقية فيما تضمنه من تخطي الطاعن يجيز للإدارة الوقوف في تنفيذ الحكم عند سحب ترقية من تخطاه ، وبذلك يزول العيب الذي اعتور هو القرار التخطي ، ويتم تنفيذ حكم الإلغاء الذي انصب على هذا العيب . أما إصدار قرار بترقية الطاعن فليس من آثار الحكم ولا تلزم به الإدارة ، لأنها تستقل بتقدير الوقت المناسب لتلك الترقية .

(١) ٩٠٧/٤/١٣ مجموعة العشر سنوات ص ٦٦٨

وهذا التفسير أخيراً بما قضت به المحكمة الادارية العليا ، يقوم بدوره على سلطة الادارة في اختيار الوقت المناسب لترقية الطاعن ، بعد أن ألغت ترقية من تحطاه فيها . وهو تفسير لا يصادف مقتعاً . ذلك أنه ولئن كان من المسلمات أن الادارة تستقل بتقدير ملاءمة الوقت الذي تجرى فيه الترقية ، فان هذه السلطة لا تقوم بداهة إلا قبل إجراء الترقية . فان أعملت سلطتها واختارت الوقت الذي رآته مناسباً لإجراء الترقية وأجرتها فعلاً ، فقد فرغت سلطتها ، ولم يعد هناك مجال للاختيار بعد أن تم الاختيار . وإذا كان هذا النظر هو السائد في الظروف العادية ، فانه أوجب في حالة تداخل حكم بالغاء قرار التخطي . ذلك أنه وقد ثبت عدم مشروعية تحطى الطاعن في الترقية ، فان عدم ترقيته بعد ذلك بلريعة اختيار الوقت المناسب ، لا يمثل في واقع الأمر إلا إصراراً من الادارة على عدم ترقيته . وان ذريعة السلطة في اختيار الوقت المناسب ، والتي استعملتها باصدار القرار في وقته الذي اختارته ، ليست إلا ستاراً تخفي وراءه لتسر قصدها في الاصرار على عدم ترقية المحكوم لصالحه . ولسنا نتصور بعد ذلك أن يكون الوقت الذي صدر فيه القرار الملغى مناسباً لترقية غير المستحق ترقية غير مشروعة ، ثم لا يكون مناسباً لترقية المستحق ترقية مشروعة .

وأنه لما يخفف من حدة ذلك الاتجاه في حكم المحكمة الادارية العليا أنه غير مستقروا أن المحكمة قد قضت بعده بما يخالفه في أحكام أخرى كثيرة فقد قضت بأنه وإذا قضى الحكم بالغاء الأمر الملكي ... فيما تضمنه من ترك المدعى في الترقية إلى وظيفة وزير مفوض من الدرجة الثانية فيكون مفاد ذلك التزام الادارة باعتبار المدعى مرقى إلى وظيفة وزير مفوض من الدرجة الثانية من تاريخ صدور حركة ترقية الوزراء المفوضين من الدرجة الثالثة مفوضين من الدرجة الثانية .. وإذا قضى الحكم كذلك بالغاء الأمر الجمهوري فيما تضمنه من ترك المدعى في الترقية إلى وظيفة وزير مفوض من الدرجة الأولى وما يترتب على ذلك من آثار فيكون مفاد ذلك التزام الادارة باعتبار

المدعى مرقى إلى وظيفة وزير مفوض من الدرجة الأولى .. (١) كذلك ذهبت إلى أنه «من حق المطعون عليه أن يجابه الإدارة ... اعتباراً بأنه بعد نجاح هذا الموظف في الطعن على قرار ٢١ من نوفمبر سنة ١٩٥٤ قد أصبح مرقى إلى الدرجة الخامسة اعتباراً من هذا التاريخ (٢) وفي هذا الحكم ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أبعد مما ذهبت في كل اتجاه . إذ لم تقر بالتزام الإدارة باصدار قرار بترقية الطاعن فحسب بل واعتبرته مرقى بالحكم.

ولهذا كله فلازلنا نرى أنه في كل القرارات الادارية الاجبائية منها والسلبية يقع على الادارة التزام بتنفيذ حكم الالغاء وينتج ذلك بالنسبة للقرارات الاجبائية الملغاة ، باتخاذ الأعمال المادية لازالة آثارها ، وبالنسبة للقرارات الامتناعية ، باتخاذ القرارات التي امتنعت عن اتخاذها مادامت العيوب التي شابها هي عيوب موضوعية ، وليست عيوباً شكلية تميز لها إعادة اصدار القرار الملغى .

هذا ويتعين أن يكون تنفيذ الحكم كاملاً غير منقوص ، على الأساس الذي أقام عليه قضاؤه ، وفي الخصوص الذي عناه ، وبالمدى وفي النطاق الذي حدده . ومن هنا كان لازماً أن يكون هذا التنفيذ موزوناً بميزان التوازن في تلك النواحي والآثار كافة ، حتى يعاد وضع الأمور في نصابها القانوني الصحيح وحتى لا تمس حقوق ذوى الشأن ومراكزهم القانونية (٣) .

وإذا لم يعين الحكم في منطوقه ما الذى سينصب عليه التنفيذ بالذات فلزم أن يكون لإجراء هذا التنفيذ على أساس مقتضى الحكم حسبما يبين من أسبابه في حدود الموضوع الذى تناوله القرار المقتضى إلغائه وفي ضوء ما تنازع عليه الطرفان وتجادلا فيه وقالت المحكمة كلمتها إذ على هدى ذلك

(١) ٩٦٠/٧/٢ ج مجموعة المرسنات ص ٦٧٤ .

(٢) ٩٦٤/٦/٢١ ج المجموعة السابقة ص ٦٦١ .

(٣) ٩٠٦/٤/٢٦ المجموعة السابقة ص ٦٦٢ .

كله يمكن تفهم مقتضى الحكم وتفهم مزامية (١) .

الرجعية في أعمال التنفيذ :

غير أن الرجعية في آثار حكم الإلغاء، والتي تدرك القرار الملغى منذ صدوره ، وتفضى إلى اعتباره كأن لم يكن تقتضى بالضرورة رجعية في أعمال تنفيذ الحكم . ولهذا فإن التزام الإدارة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه ، أو ما كان يجب أن تكون عليه ، حسبما كشف عنه حكم الإلغاء ، لا يقف عند تاريخ صدور الحكم بل ينبغي أن ينسحب إلى تاريخ صدور القرار الملغى .

والرجعية في أعمال التنفيذ - سواء أكانت أعمالاً مادية أم أعمالاً قانونية - لا يتصور إلا أن تكون فرضاً نظرياً . فالزمم الذي يقتضى لا يعود ، ولا يمكن اللحاق بما طواه أو تناول الواقع من ثناياه . ولذلك فإن التنفيذ الفرضى هو وسيلة التنفيذ العيني للأثر الرجعى في حكم الإلغاء، بل إن من الحالات ما تستعصى حتى على التنفيذ الفرضى ، كإلغاء قرار نزع ملكية عقار تم هدمه ، أو إلغاء قرار حرمان طالب من امتحان فائز مبعاده ، أو إلغاء قرار برفض منح ترخيص بفتح محل . ففي مثل هذه الحالات لا يتصور تنفيذ قرار الإلغاء رجعياً ولو افتراضياً . وإزاء استحالة التنفيذ العيني فرضاً ، تحمل فكرة التنفيذ بمقابل ، وبحق للمضروب طلب التعويض عن الضرر الذى حاق به (٢) .

أما عن التنفيذ الرجعى فرضاً فيتجلى في أظهر صوره في قرارات التعيين والترقية والفصل .

(١) ١٤٩/٤/٢٧ م ٣٠ ص ٦٤١ .

Appleton op. cit p. 638, Drago op cit p. 105

(٢)

ويراجع الاختلاف في الآراء حول كيفية هذا التعويض رسالة د. عبد المنعم جيرة .

آثار حكم الإلغاء ص ٣٥٨ .

فالحكم الصادر بالغاء قرار تعيين أو ترقية فيما تضمنه من تخطى مرشح أو موظف في التعيين أو الترقية ، يرتب في بجانب الادارة التزاماً باصدار قرار بتعيينه أو ترقيته يرتد بأثر رجعي إلى تاريخ صدور القرار الملغى . وفى ذلك تقول المحكمة الادارية العليا أنه إذا كان الحكم بالغاء الترقية «قد انبنى على أن أحداً من كان دور الأقدمية يجعله محقاً في الترقية قبل غيره ممن يليه ، فألغى القرار فيما تضمنه من ترك صاحب الدور في هذه الترقية ، فيكون لدى الحكم قد تمحدد على أساس الغاء ترقية التالى في ترتيب الأقدمية ، ووجوب أن يصدر قرار بترقية من تخطى في دوره ، وبأن ترجع أقدميته في هذه الترقية إلى التاريخ المعين لذلك في القرار الذى ألغى الغاء جزئياً» (١).

ومع افتراض تعيينه أو ترقيته اعتباراً من تاريخ صدور القرار الملغى ، فان الادارة تلزم كذلك بترقيته رجعيًا واذاًراضياً في حركات الترقيات التالية ، والى كان ميلحقه الدور فيها أو لم يترك في الترقية في القرار الملغى . وفى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه «إذا استجاب القضاء لطلب المدعى فأصفه ، وكشف عن استحقاقه للترقية إلى الدرجة السابعة ، وحدد أقدميته فيها بما جعله صاحب الدور في الترقيات التالية ، وكان قد صدر قبل الفصل في الدعوى قرارات تالية بالترقية على أساس الأقدمية .. فان تنفيذ الحكم الصادر في تلك الدعوى بالغاء القرار الأول وما ترتب عليه من آثار يقتضى تصحيح الأوضاع بالنسبة للمدعى في تلك القرارات التالية وضماً للأموال في نصابها السليم كأثر من آثار الحكم المذكور الكاشف لأصل الحق (٢).

كذلك فانه بالبناء على ترقية من تخطى في الترقية بأثر يرجع إلى تاريخ صدور القرار الذى تخطاه ، فانه يستحق مرتب الدرجة التى تخطى في الترقية اليها منذ ذلك التاريخ أيضاً ، وتلزم الادارة بأن تصرف اليه الفروق المالية

(١) ١١٤٥ ح ١٦/٣/٩٥٧ ج ٢ ص ٦١٥ . ٩٦٠/٧/٢ ح ٥ ص ١١٤٥

(٢) ٩٦٥/٥/١٦ ح مجموعة الدرسنوات ص ٦٥٧ .

المرتبة على ذلك (١) .

أما من ألقى قرار تخطيه في التعيين وصدر قرار بتعيينه بأثر رجعي ، منعتف إلى تاريخ قرار التخطي ، فإنه لا يستحق مرتباً عن فترة التعيين الافتراضية . ذلك أنه من التواعد الأصولية أن المرتب مقابل العمل ، وما دام لم يؤد عملاً خلال تلك الفترة فإنه لا يستحق عنها مرتباً . ومع ذلك فإنه لما كان عدم قيامه بالعمل إنما يرجع إلى خطأ الإدارة في تخطيه في التعيين وترتب على هذا الخطأ ضرر أصابه ، يتمثل في حرمانه من المرتب ، وكانت رابطة السبب قائمة بين الخطأ والضرر ، فقد توافرت أركان المسؤولية في حق الإدارة والتزمت بالتعويض . وبهذا محل استحقاق التعويض محل استحقاق المرتب . وبذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «الحكم الصادر من المحكمة الإدارية .. بإلغاء قرار وزير المالية .. فيما تضمنته من تخطي المحكوم له بقرار التعيين بإحدى وظائف الدرجة الثامنة الكتابية وتعيين من يلونه في ترتيب الدرجات في امتحان ديوان الموظفين .. ولاجدال في أن تصرف الإدارة المذكور بعد إذتين من الحكم المشار إليه مخالفته للقانون يكون خاطئاً ومن ثم تقوم مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي لحقت بالمطوبون عليه نتيجة لتخطيه في قرار التعيين (٢) .

وأما بالنسبة إلى قرارات الفصل ، فإن إلغاء قرار فصل موظف يرتب على عاتق الإدارة التزاماً بإعادته إلى وظيفته ، أياً ما كانت الظروف والاعتبارات . وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بالتزام الإدارة بتحقيق هذا الالتزام مهما كانت الأسباب التي قام عليها حكم الإلغاء ، وأنه لا يجوز لها الامتناع عن إعادته استناداً إلى تعارض هذه الإعادة مع ما تقتضيه مصلحة المرفق ، بالنظر إلى سوء سلوك المحكوم له أو حالته الصحية ، وإنما يتعين على الإدارة أن تعيده أولاً إلى الخدمة ، ثم تتخذ بعد ذلك ما تحوله لها القواعد

(١) ٩٦٤/٤/١٩ ج المجموعة السابقة ص ٦٧٣ .

(٢) ٩٦٤/٣/٢٩ ج ٩ ص ٩١٤ .

المقررة من اجراءات قانونية تتفق وما تتطلبه مصلحة المرفق . وهي تلزم باجراء هذه الاعادة من نفسها ، دون توقف في ذلك على طلب صاحب الشأن أو وجود وظائف خالية (١) .

وإذا كان ما تقدم يوضح اتجاهات مجلس الدولة الفرنسي في التشدد نحو تطبيق مبدأ الالتزام بالإعادة ، فقد كان يستوجب كذلك أن تكون الاعادة إلى ذات الوظيفة التي كان يشغلها الموظف قبل فصله ، إلا أنه لم يعد يشترط إلا أن تكون الاعادة إلى وظيفة من درجته وفي ذات الكادر الذي يشغله ، وليس إلى ذات وظيفته السابقة . كذلك ينبغي تسوية حالة المفضل كما لو لم يكن قد فصل من وظيفته ، وذلك بمراجعة الترقيات التي تمت خلال فترة فصله ، بل وكذلك فرص نجاحه في المسابقات التي تمت في هذه الفترة . أما عن مرتبه خلال فترة الفصل ، فانه لا يستحق عنها مرتباً ، ولكن يستحق تعويضاً يجبر الضرر الذي أصابه في تلك الفترة (٢) .

ولم يتخلف مجلس الدولة المصري عن هذا الاتجاه ، فبالنسبة إلى الاعادة إلى الوظيفة قضى بأنه ولا يكفي أن يقتصر تنفيذ الحكم على مجرد إعادة الموظف إلى الخدمة ولكن في مرتبة أدنى ودرجة أقل ، وإلا كان يؤدي هذا أن الحكم لم ينفذ في حقه تنفيذاً كاملاً بل نفذ تنفيذاً مبتوراً منقوصاً ، ولكان هذا بمثابة تنزيل في مرتبة الوظيفة أو في درجتها ، وهو جزاء تأديبي مقنع ، ولا يجدي في تبرير مثل هذا التنفيذ المنقوص ، أن تكون الإدارة بادرت بعد إصدار قرارها المعيب بشغل وظيفة المدعي سواء بالتعيين فيها ابتداء أو بالترقيم إليها ، فأقامت بتصرفها هذا صعوبة قوامها عدم وجود وظيفة شاغرة من نوع تلك التي كان يشغلها المدعي قبل تسريحه ليتمكن اعادته إليها ، ما دامت الإدارة هي التي تسببت بتصرفها غير السليم في إيجاد هذه

(١) يراجع في ذلك الأحكام المبدئية التي أشار إليها دكتور عبد المنعم جبره في رسالته المرجع السابق ص ٤٩١ .

Waline. Le controle juridictionnel de l'administration p. 194, (٢)
Drago op. cit. P. 108.

الصعوبة ، وخلق الوضع غير القانوني الذي كان مثار دعوى الالغاء ، فلا يجوز لها أن تتحدى بخطتها في إيجاد هذا الوضع الذي لا ذنب للمدعى فيه، إذ لا يجوز أن يضار المدعى بذلك فيكون ضحية هذا الخطأ . ولا مندوحة للإدارة والحالة هذه، من تدبير الوسائل الكفيلة باعادة الحق إلى نصابه، نزولا على حكم الالغاء ومقتضاه ، وإزالة العوائق التي تحول دون ذلك ، اما بتخليه للوظيفة التي كان قد فصل منها المدعى بقرار التسريح الملغى وتعيينه فيها ذاتها، أو بتعيين المدعى في وظيفة أخرى شاغرة من نفس المرتبة والدرجة واعتباره فيها قانوناً منذ تسريحه الأول ، لو أرادت الإدارة الإبقاء على الموظف للشاغل لوظيفة المدعى الأصلية. ذلك أن الأصل في الالغاء أنه يترتب عليه زعزعة جميع المراكز القانونية غير السليمة التي ترتبت على القرار الملغى ، ويصبح من المتعين في تنفيذ الحكم الذي قضى بإلغائه، أن يعاد تنظيم المراكز القانونية على مقتضى حكم الالغاء حتى ينال كل موظف ما يستحق بصورة عادية فيما لو لم ترتكب المخالفة في القرار الملغى (١) .

ومع ذلك فإن الأعادة يجب أن تنصب على ذات الوظيفة التي كان يشغلها المفضل قبل فصله ، إذا كانت من الوظائف المتميزة كوظيفة مستشار بمحكمة النقض (٢) أو عمدة (٣) .

وأما عن التزام الإدارة بتسوية حالة المفضل بافترض وجوده في الخدمة وحصوله على الترقيات التي كان سيصيبه الدور فيها لو لم يفصل من وظيفته ، فالقضاء في ذلك ثابت ومستقر (٤) : كذلك استقر القضاء على أن الغاء قرار

(١) ١٢٦/٤-٩٦٠ ج ٥ ص ٧٣ .

(٢) CE 26-10-960 Corvisy RDP. 960 p. 165.

(٣) ١٠/٦-٩٥٢ ج ٦ ١١١٨ ، ١٢/١٢-٩٥٣ ج ٨ ص ٣٣٧ . وفي مثل هذه الحالات فإن إلغاء القرار الصادر بفصل عدة يستتبع إلغاء جميع الآثار المترتبة عليه ومنها إجراءات تعيين العمدة الجديد . وهذا بخلاف الحالات التي يمكن فيها تنفيذ حكم الإلغاء دون فصل من حل محل الموظف المفضل إذ يمكن إحاده المفضل إلى وظيفة ماثلة لوظيفته أو نقل من حل محله إلى وظيفة أخرى ماثلة .

(٤) ١٢٦/١-٩٥٠ ج ٨ ص ١٣٠ .

الفصل - كما هو الشأن في إلغاء قرار التخطي في التعيين - لا يرتب حقاً للمفصول في مرتبه عن مدة الفصل ، وإنما يكون سنداً للمطالبة بالتعويض عنه . فقد قضت المحكمة الإدارية العليا ومن حيث ان المدعى يطلب الحكم له بمرتبته عن مدة الفصل ، يدعى أن ذلك المرتب من الآثار الحتمية المترتبة على إلغاء قرار الفصل . ومن حيث إن المرتب إنما منحه بمقابل الدبل الذي يصدر قرار بالتعيين في الوظيفة ومع ذلك لا يحتسب الأجر إلا من تاريخ تسلم العمل ، وليس من تاريخ صدور قرار التعيين ، وقد تطاول الفترة بينهما . ولا تفيده الحجة بأن الحكم إذ قضى بإلغاء قرار الفصل فإن معناه عدم مشروعية القرار المذكور ، وأن المدعى منع من مباشرة عمله نتيجة لهذا القرار المخالف للقانون ، ويكون من حقه إذن أن يتقاضى مرتبه كاملاً عن مدة فصله ، لأن امتناعه كان لسبب خارج عن إرادته ، لا حجية في ذلك القول ، لأن العمل غير المشروع أو المخالف للقانون إنما تسأل عنه الإدارة يدعى تعويض متى توافرت عناصرها ومقوماتها التي توجب المسؤولية ، وهذا الأمر متروك للمدعى ومن حقه إذا شاء أن يلج هذا الباب » (١)

وهكذا فإن حكم الإلغاء يفرض على الإدارة التزاماً بتنفيذه تنفيذاً عينياً ، وهذا التنفيذ العيني ينبغي أن يكون مرجعياً يرتد إلى تاريخ صدور القرار الملغى . وهو لا يكون إلا فرضياً وذلك بافتراض أن القرار الملغى لم يصدر ثم ترتيب آثار ذلك على الأوضاع والمراكز القانونية القائمة وقتئذ وتسويتها والتدرج بها إلى وقت تنفيذ الحكم ، وذلك كله على النحو الذي حددته المحكمة واستهدفه بقضائه . وفي الحالات التي يستحيل فيها التنفيذ العيني يتحول التزام الإدارة إلى التزام بالتنفيذ بمقابل .

مراكز الغير التي تتأثر بالتنفيذ :

على أن تنفيذ العيني المرجعي لحكم الإلغاء الجزئي ، بما يحمله من اعتبار هذا القرار كأن لم يكن ، وإعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل

(١) ١٣/١/١٦٦٤ ع ٧ ص ٢٢٦ + ٢/٦/١٦٦٤ ع ١٥ ص ٢٢٠

صدوره ، قد يؤثر في مراكز قانونية تحققت لأصحابها بالقرار الملغى أو بقرار آخر بنى عليه . فالقرار الصادر بإلغاء تخطى موظف في الترقية يمتد إلى إلغاء ترقية من تخطاه بغير حق . وإلغاء قرار فصل موظف يمتد إلى إلغاء قرار من عين في وظيفته . ومع حدة هذه الآثار ، التي تصيب أفراداً لغير ذنب جنوه ، ولا يدخل لهم في القرارات التي ألغيت وانقلبت وبالا عليهم ، فقد اتجه القضاء إلى التخفيف من أثرها . من ذلك اتجاهه إلى عدم التمسك بإعادة الموظف المقصول إلى ذات وظيفته التي كان يشغلها ، وذلك مراعاة لمركز من شغلها بعده ، إذ يكفي إعادة المقصول إلى وظيفة من ذات درجته . اللهم إلا في الوظائف الخاصة المتميزة كوظائف العمد ، إذ يترتب على إلغاء قرار فصل عمدة ضرورة إلغاء قرار تعيين من حل محله .

كذلك فانه في حالة إلغاء قرار تخطى موظف في الترقية وما يترتب ذلك من إلغاء ترقية من تخطاه ، فقد استقر القضاء على ضرورة مراعاة مركز من ألغيت ترقيته ، ودوره في الترقيات التالية التي كانت مستحقة له لو ظل على حاله دون ترقية بالقرار الملغى . وفي ضوء ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه «إذا صدر حكم لصالح موظف بإلغاء قرار الترقية فيما تضمنه من تخطيه في الترقية ، وكانت قد صدرت قرارات تالية بالترقية قبل أن يصدر حكم الإلغاء ، وكان من ألغيت ترقيته بالحكم المذكور يستحق الترقية بدوره في أول قرار كان وضع الأمور في نصابها السليم يقتضى أن يرقى المذكور في أول قرار تال بحسب دوره في ترتيب الأقدمية بالنسبة للمرقين في هذا القرار ، وهكذا بالنسبة إلى سائر القرارات الأخرى الصادرة بعد ذلك» (١) . بل لو رأت الإدارة الإبقاء على ترقية المطعون في ترقيته ، وتنفيذ الحكم الصادر بترقية من ترك في الدور على أية درجة خالية ، مع ارجاع أفضليته فيها إلى التاريخ المعين لذلك في الحركة الملغاة ، وذلك منعاً لزعة المراكز

القانونية التي استقرت للنوياً ، فلا تريب عليها في ذلك (١)
ومع ذلك فإنه في الحالات التي يستحيل فيها تنفيذ حكم الالغاء دون
المساس بحقوق الغير فإن ذلك لا يحل الادارة من مسئوليتها عن التعويض (٢)
أما مصالح الغير التي لا ترقى إلى مرتبة الحقوق فإن اهدارها تنفيذاً للأحكام
لا يعتبر خطأ يستوجب المسئولية (٣)

المبحث الثاني

التنفيذ عن الفترة اللاحقة لصدور الحكم

الامتناع عن تنفيذ القرار الملغى :

إن الالتزام الإيجابي المقروض على الإدارة باعادة الحال إلى ما كانت
عليه وقت صدور القرار الملغى ، يقترب بالزام سابي ، يتحصل في امتناعها
عن تنفيذ ذلك القرار بعد الحكم بالغائه ، أو الاستناد اليه في إصدار قرارات
أخرى تستمد منه ، وهذا هو الأثر الفوري الحال لحكم الالغاء . فيصدوره
ينعدم القرار ويشكل تنفيذه اعتداء مادياً وعملاً من أعمال التعدي . وقد
سبق تفصيل ذلك .

وكلا الالتزامين الإيجابي والسلبي يتكاملان ويكونان وحدة تستغرق التنفيذ
الكامل للحكم . وإذا كانت سلبية الإدارة في الوفاء بالتزامها الإيجابي - بعدم
إعادة الحال إلى ما يجب أن تكون عليه - يجعل تنفيذ الحكم ناقصاً ومبتوراً ،
فإن تجاوز الإدارة التزامها السلبي بعمل إيجابي - بتنفيذ القرار بعد الغائه -
يمثل تعدياً بل وتعدياً لحكم الالغاء .

غير أن الإدارة لا تلجأ عادة إلى مجابهة القرار بعمل من أعمال التنفيذ
بعد الحكم بالغائه ، لأن المخالفة في ذلك مع جموحها ظاهرة سافرة . وإنماهي

(١) ١١/٢٨ ٩٥٩/٥٤ ص ٦٨ ، ١٦/٣ ٩٥٧/٢ غ ٢٦ ص ٦٩٥

(٢) Drogo III p. 106. CE 29/7/932. Association des fonctionnaires de la marine Rp. 825

Alilbert op. cit. p. 304

(٣)

تلمجاً ، حين تستبد بها الرغبة في الاستمرار في تنفيذ القرار الملغى ، إلى الحيلة والتحايل ، وذلك باصدار قرار جديد ، يحمل في ظاهره الجدية ، وفي باطنه معالم القرار الملغى ، ليرتب ذات آثاره ، أو آثاراً مماثلة من جنس ما استبدته بقرارها الملغى . كأن يصدر الحكم بالغاء قرار فصل موظف فتقوم الادارة — بعد الحكم — بالغاء وظيفته وتتخذ هذه سبباً لاصدار قرار فصل جديد (١) أو يحكم لأجنبي بالغاء قرار إبعاده فتقوم باصدار قرار باعتقاله . في مثل هذه الحالات يكون القرار الجديد إجراء مقتعاً ، يعيد الحياة إلى القرار الملغى ، ويقع بدوره باطلاً وغير مشروع (٢).

من ذلك ما قضت به المحكمة الادارية العليا من أنه وإذا كان الثابت أن الادارة — بعد أن نفذت حكم المحكمة العليا بدمشق الذي قضى بإبطال قرار تسريح المدعى تنفيذاً ميثورياً بوصفه في مرتبة أدنى لم تقف عند هذا الحد ، بل أنها بعد أن رفع دعواه طالباً إعادته كما كان في وظيفته ذاتها بمرتبها ودرجتها ، بادرت إلى اصدار قرارها بتسريحه من الخدمة مرة أخرى مستندة في هذا التسريح إلى أسباب لا تخرج في مضمونها عن الأسباب التي استندت اليها في قرارها الأول بتسريحه من الخدمة ، وهو الذي قضى بإبطاله بحكم المحكمة العليا بدمشق ، ولما يمتنع على إعادته إلى الخدمة تلك الاعادة التي كانت محل الطعن من جانبته وقت بطل فيه منه ما يبرر فصله بقرار جديد يقوم على عناصر جديدة مستقاة عن سلوكه الوظيفي في تلك الفترة التي يقرر أنه اقترح فيها وسام الاستحقاق السوري من الدرجة الثانية ، بل يبدو أن هذا القرار وكأنه كان رداً على دعواه المذكورة ، فانطوى بذلك على تحد لحكم المحكمة العليا السابق الذي حاز قوة الأمر المقضي ، والذي يعتبر عنواناً للحقيقة فيما قضى به في منطوقه وما قام عليه في أسبابه الجوهرية المتصلة بهذا المنطوق ، ومقتضاه دون إمكان العودة إلى إثارة النزاع في هذا كله ، فوجب احترامه والنزول على حكمه ومقتضاه ،

(١) CE 24 — 6 — 1944 Hopitol Hospice d'Argenteruil Rp. 179

Waline op. cit. p. 272, Drago op. cit. p. 35

(٢)

ود. الطماوى . رقابه القضاء الادارى ص ٧٥٢

وإلا كان تصرف الإدارة بغير ذلك مخالفاً للقانون ومشوباً باساءة استعمال السلطة واجباً إلغائه (١).

استثناءات :

على أن هذه القاعدة في عدم جواز إعادة إصدار أو إحياء القرار الملغى ، لا تسرى باطلاق الا إذا كان العيب الذى شاب القرار وألغى من أجله عيباً موضوعياً ، إذ عندئذ يمتنع على الإدارة أن تتخذ قرار يعيد القرار الملغى في موضوعه . أما إذا كان العيب الذى أصاب القرار الملغى عيباً شكلياً ، كعدم الاختصاص أو عيب في الشكل ، فان الإدارة تسترد سلطتها — بعد الحكم بالالغاء — في إعادة بحث الموضوع بمراعاة قواعد الشكل والاختصاص النصيحة ، وأن تصدر فيه قراراً جديداً ولو كان مطابقاً في موضوعه للقرار الملغى .

وفي ذلك استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى على أنه إذا كان الغاء القرار يرجع إلى عيب في الاختصاص أو الشكل ، فانه لا يحول دون الإدارة وإصدار قرار جديد يعيد في موضوعه القرار الملغى مع اتباع قواعد الاختصاص أو الشكل التى أثار مخالفتها حكم الالغاء . وفي هذه الحالة فان القرار الجديد يرتب أثره من يوم صدوره ولا يرد إلى تاريخ صدوره القرار الملغى (٢).

وقد سار القضاء المصرى على هذا النهج ، ففيما يتعلق بالالغاء لعيب في الاختصاص قضت المحكمة الادارية العليا بأنه إذا كان الثابت من كتاب مصلحة السكك الحديدية .. أن مدير عام المصلحة لم يكن في أجازة يوم ٢٦ من يوليو سنة ١٩٥٤ ، وهو اليوم الذى أوقع فيه الجزاء على المدعى ، كما لم يثبت أن مانعاً ما بقدر حال دون قيام المدير العام بمباشرة هذا الاختصاص حتى يمكن أن يحل محله وكيله في مباشرته ، فان هذا القرار إذ صدر من غير

(١) ١٦٠/٤/٢٦ ج مجموعة البعث سنوات من ١٧٥

(٢) Drogo op. cit. III p. 105, Appleton op. cit. p. 638

والأحكام المشار إليها فيما .

مختص بإصداره يكون مخالفا للقانون متعينا الغاؤه ، إلا أنه يجب التنبيه إلى أنه مهما يكن من أمر موضوع التهمة ذاتها ، وفي شأن ثبوتها أو عدم ثبوتها ، وفي نوع العقوبة التي يمكن توقيعها ، فإن القرار المشار إليه قد شابه عيب ينبئ عليه بطلانه بسبب عدم اختصاص وكيل المدير العام ، فيتعين والحالة هذه إعادة عرض الموضوع على الرئيس المختص قانوناً لتقرير ما يراه في شأن ما هو منسوب للمدعى ، من حيث ثبوته أو عدم ثبوته ، والجزاء الذي يوقع عليه في حالة ما إذا رُوي لإدانته فيها هو منسوب إليه ليصدر قراره في هذا الشأن» (١).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بالنسبة لعب الشكّل بأن على الإدارة «أن تلتزم الأوضاع الشكلية التي قررها الكادر المذكور - كادر العمال - وقد تناول النص في حالة فصل العامل من الخدمة لسبب تأديبي فقضى بأنه «لا يجوز فصل العامل من الخدمة لسبب تأديبي إلا بموافقة وكيل الوزارة بعد أخذ رأى اللجنة الفنية المشار إليها فيما تقدم» وفي الإعراض عن ذلك إهدار لضمانة حرص عليها المشرع لصالح العمل . فإذا ما صدر القرار المطعون فيه وهو قرار الفصل مخالفاً لأحكام القانون ، كان خليفاً بالالغاء ، وهذا الالغاء لا يعطل بطبيعة الحال من سلطة الإدارة في إعادة إجراءات التحقيق والمحاكمة ، وما لها من سلطة ، في توقيع الجزاء التأديبي على ما يثبت لديها في حق المطعون عليه من ذنب» (٢).

وإذا كانت القاعدة أن العيوب الموضوعية تحول دون الإدارة وإعادة إصدار القرار الملغى صريحاً كان أم مقنعاً ، فإنه في بعض الحالات يجوز فيها إعادة ذلك القرار ، كما لو كان جزاء تأديبياً حكم بالغائه لما شابه من غلو في تقدير الجزاء وإفراط في القسوة ، إذ عندئذ يجوز للإدارة أن تعيد إصدار القرار بانزال الجزاء المناسب . أو كان قد جوزى لعدة تهم ثبت عدم صحة

(١) ٩٠٩/٥/٩ ع ١٢٣٦ ص ٤٠٩/٤ ع ١١٣٦ ص ١١٣٦

(٢) ٩٦٢/٣/٢٣ ع ٨٠٩ ص ٨٠٩

بعضها فالجزاء والحالة هذه ولا يقوم على كامل سببه ويتعين إذن إلغاؤه لإعادة التقدير على أساس استبعاد ما لم يتم في حق الموظف وبما يتناسب صدقاً وعدلاً مع ما قام في حقه، حتى ولو كانت جميع الأفعال المنسوبة إليه مرتبطة بعضها مع البعض الآخر ارتباطاً لا يقبل التجزئة. إذ ليس من شك في أنه إذا تبين أن بعض هذه الأفعال لا تقوم في حق الموظف، وكان ذلك ملحوظاً عند تقدير الجزاء، لكان للإدارة رأى آخر في هذا التقدير، فلا يجوز أن يكون الموظف ضحية الخطأ في تطبيق القانون (١) ،

ومن المقرر في قضاء مجلس النوبة الفرنسي أنه في الحالات التي يجوز فيها للإدارة تصحيح القرار الملغى، فإنه يتعين عليها تنفيذ حكم الإلغاء، بإعادة المراكز إلى ما كانت عليه، كإعادة الموظف المفصول مثلاً قبل أن تتخذ قراراً آخر يفصله (٢) .

(١) ١٦٠٠/١١/١٩ ١٥٧/١٠/٢٤ ، ١٧٤ ، ١٦٠٣/٣/٢٦ ١٦٠٠/٣/٢٦

(٢) Appleton op. cit. p. 628, Drago op. cit. III p. 106

الفصل الثالث

مسئولية الادارة عن عدم تنفيذ الأحكام

ليس هناك في القانون الادارى كله من مشكلة تمثل الأهمية التي تحتلها مشكلة الوسائل الكفيلة بإكراه الادارة على تنفيذ أحكام القضاء الادارى . فهذا القضاء هو الذى يردّها إلى حظيرة القانون ، ويكشف لها عن تفسيره الصحيح ، بل هو الذى يقيم قواعد القانون الادارى الذى تخضع له الادارة . ولهذا فانه ما لم توجد وسيلة لإكراه الادارة على الخضوع لأحكامه ، فان كل هذا القضاء يتحول إلى مجرد شرح نظرى للقوانين ، دون قوة عملية أو فاعلية بأكثر مما للمناقشات التي تدور في معهد أو كتابات الفقه (٣)

وليس شك في أنه مما ضاعف في حدة المشكلة مذهب القضاء الادارى الذى استقر عليه في تفسير وتطبيق مبدأ الفصل بين الادارة العاملة والقضاء الادارى ، وأدى به إلى نوع من الانكماش في فضائه ، عصوراً في دائرة الحكم بالغاء القرارات غير المشروعة أو تقرير الحقوق أو ترتيب التعويضات دون أن يتطرق من خلال ذلك أو ترتيباً عليه ، خاصة في أحكام الالغاء ، إلى تحديد التزامات الادارة المترتبة عليها كأثر حتمى مباشر لها ، غلقاً لأبواب الاجتهاد أو التحايل للهرب من تنفيذها .

يضاف إلى ذلك أن الإدارة فرع من السلطة التنفيذية تملك القوة العامة ، والبايها يلجأ الأفراد لمعاونتهم في تنفيذ الأحكام الصادرة بينهم باستعمال القوة الجبرية عند الاقتضاء . فاذا ما امتنعت الإدارة عن تنفيذ حكم صدر ضدها فليس للمحكوم له من وسيلة لإكراهها عليه باستعمال القوة الجبرية . ولا يتصور أن الادارة وهي التي تملك هذه القوة ، تستخدمها لتكره نفسها على

Waline Le Cotrole op. cit. p. 199.

(٣)

تنفيذ حكم لا ترضى عن تنفيذه . وهذا يتمخض الأمر عن حقيقة نابعة من طبيعة النظام القانوني ، وهي أن تنفيذ الأحكام القضائية إنما يتوقف على خضوع الإدارة الاختياري ، وإقدامها طوعاً ورضاء على تنفيذها (١) .

وإذا لم يكن هناك من وسيلة قانونية لأكراه الإدارة على تنفيذ الحكم ، فإن ذلك لا يخلّ مسئوليتها عن عدم تنفيذه ، لأن عدم التنفيذ وما ينطوي عليه من إهدار لقوة الحكم الملزمة وحجية الشيء المقضي به ، يمثل في جانب الإدارة خطأ يوجب مسئوليتها عنه .

وتقرير المسئولية كجزء لعدم التنفيذ أو التأخير فيه ، يبدو مبسطاً وخالياً من التعقيدات في حالات الأحكام الصادرة بالتعويضات أو باقرار الحقوق والتي تتمخض بدورها عن أداء مبالغ مالية . لأن عدم تنفيذ الإدارة لهذه الأحكام ، من شأنه سريان فوائد التأخير في حقها ، بل ويجوز الحكم عليها أيضاً بالتعويضات ، إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سوء نيتها (٢) . فضلاً عن مسئوليتها الجنائية ، وهو نظام انفرد به نظامنا في مصر على النحو الذي سنوضحه فيما بعد .

غير أن الأمر يبدو أكثر دقة في حالات الحكم بالالغاء . إذ تتخذ صور عرقلة تنفيذ هذا الحكم أشكالاً شتى ، تختلف معها صور المسئولية عنها . وهي تتحدد في أربعة :

- ١ - الغاء كل القرارات التي اتخذت بالمخالفة لحكم الالغاء .
- ٢ - مسئولية الإدارة بالتعويض عن عدم تنفيذ حكم الالغاء أو التأخير في تنفيذه .
- ٣ - المسئولية الشخصية للموظف الذي امتنع عن تنفيذ حكم الالغاء .
- ٤ - المسئولية الجنائية : نستعرضها تباعاً فيما يلي

Alibert op. cit. p. 303, Vedel op. cit. p. 477 (١)

Waline op. cit. p. 273 (٢)

الغاء القرارات المتخذة بالمخالفة لحكم الالغاء :

إن حجية حكم الالغاء هي قاعدة من قواعد القانون ، تفرض على الإدارة ، وتمثل مخالفتها من جانبها مخالفة للقانون ، تقوم بذاتها وجهاً لإلغاء القرار المخالف لتلك الحجية (١) .

وعلى ذلك فانه نزولاً على الحجية المقررة لحكم الالغاء ، يمنع على الإدارة إعادة إصدار القرار الملغى في ذات ظروفه وأشكاله ، وإلا كان قرارها الجديد مشوباً بمخالفة القانون وباطلاً . وقد ذكرنا أن الإدارة قلباً تلجأ إلى ذلك لأن وجه المخالفة في القرار الجديد سافرة ومباشرة ، ومع ذلك فقد شهد مجلس الدولة الفرنسي حالات كان يلغى فيها القرار ، فتقوم الإدارة بإعادة إصداره فيلغيه من جديد ، وهكذا حتى وصل عند القرارات الملغاة خمس قرارات متتالية ، ورأى البعض في ذلك صراعاً دائراً بين مجلس الدولة والإدارة (٢) .

وقد تتحایل الإدارة على القرار الملغى بإصدار قرار جديد يرتب آثار القرار الملغى ، ويعيده إلى الحياة متلذعة في ذلك بأسباب لا شك تخضع لتقدير القاضي ، للتحقق مما إذا كانت وهمية اتخذتها الإدارة كتكتة لإعادة إصدار القرار الملغى ، أم أنها أسباب جدية وحقيقية نشأت بعد حكم الالغاء وتبرر إصدار القرار الجديد . وتطبيقاً لذلك فانه إذا أعيد موظف إلى الخدمة بعد الغاء قرار فصله فانه لا يجوز للأدارة إعادة فصله للأسباب ذاتها التي فصل من أجلها بالقرار الملغى (٣)

Alibert op. cit. p. 302, 304

(١)

وأن القرارات التي لا تأخذ في الاعتبار حكم الالغاء ترتكب مجاوزة للسلطة .

Contrôle juridictionnel des décisions de nomination et de promotion d'avancement des fonctionnaires publics R.D.P. 1928 p. 123.

Waline op. cit. 273

(٢)

(٣) ٢٦/٤/١٩٦٠ ع. ٧٣٠

المسئولية عن عدم التنفيذ :

إن امتناع الادارة عن تنفيذ حكم الالغاء يعتبر تصرفاً خاطئاً يرتب مسئوليتها بالتعويض عنه، إذ ينطوى على مخالفة لقوة الشيء المقضى به ، وهي مخالفة لمبدأ أساسى ، وأصل من الأصول العامة الواجبة الاحترام ، لإشاعة الطمأنينة واستقرار الأوضاع ، وإحاطة أحكام القضاء بسياج من الحماية (١)

وتطبيقاً لذلك فإنه «مضى كان الثابت أن الحكومة كان يتعين عليها حينما صدر الحكم لصالح المدعى من محكمة القضاء الادارى أن تعيده إلى الخدمة العاملة بمرتبة لواء ، حيث لم يكن قد بلغ من التقاعد المقررة لهذه الرتبة ، فان امتناع الحكومة عن إعادته كان مخالفاً للقانون ، وإهداراً لأثر الحكم الصادر لصالحه يوجب مسئوليتها بالتعويض» (٢)

وليس يجدى فى امتناع الادارة عن التنفيذ ، التعلل بالدلائع . فلا يقبل منها التعقيب على الحكم بأنه بى على غش (٣)، إذ أن مجال هذا التعقيب هو الطعن بالنقض لإعادة النظر . كما لا يقبل منها الادعاء باستحالة التنفيذ ، ما دام أن إجراء مقتضاه لا يؤدى إلا إلى إفادة الصادر لصالحه الحكم من مزايا مالية (٤).

كذلك فان تنفيذ الحكم تنفيذاً مائولياً يأخذ حكم عدم التنفيذ ويرتب مسئولية الادارة . فإذا كان تنفيذ الحكم ، لا يستلزم الغاء ترخيص صيدلية ، ولم يكن النطق نتيجة لازمة لتنفيذ هذا الحكم ، فان الادارة تكون قد تنكبت الطريق الصحيح فى تنفيذه ، ومكنت أحد الخصوم فى تحدى تنفيذ الحكم ، وبهذا كان تنفيذها للحكم ملتوياً يرتب مسئوليتها عنه (٥).

(١) ١١م ٩٥٦/٢٢/٢٠ ضد ١٠١ ، ١٥م ٩٦١/٧/٢ ص ٢٩٥

(٢) ٩م ٩٥٥/١/١٩ ص ٢٤٩

(٣) ١٥م ٩٦١/٧/٢ ص ٢٩٥ .

(٤) ١٥م ٩٦١/٧/٢ ص ٢٩٥

(٥) ٨م ٩٥٤/٣/٩ ص ٨٩٢

كذلك فإن التنفيذ الناقص للحكم الالغاء ، يأخذ حكم عدم التنفيذ في ترتيب مسؤولية الادارة بالتعويض . وفي ذلك تقول المحكمة الادارية العليا وأنه لا يكفي . أن يقصر تنفيذ الحكم على مجرد إعادة الموظف إلى الخدمة ولكن في مرتبة أدنى ودرجة أقل ، وإلا كان مؤدى هذا أن الحكم لم ينفذ في حقه تنفيذاً كاملاً بل تنفيذاً مبتوراً ومنقوصاً (١).

وبالمثل فإن تراخي الادارة في تنفيذ الحكم ينهض خطأ في جانبها . غير أنه لما كان تنفيذ الحكم يقتضى إعادة النظر في جميع الأوضاع والمراكز القانونية ، وإعادتها إلى ما كان يجب أن تكون عليه بالقرار الملغى ، وهى مسائل قد تدق في البحث ، فانه ينبغي افساح المهلة المعقولة للادارة لتدبر أمرها ، وتستطلع رأى من ترى استطلاع رأيهم من الفنين . وقد قضت محكمة القضاء الادارى بأنه لما كان تنفيذ أحكامها تنفيذاً عينياً «يتطلب في كثير من الأحيان اتخاذ اجراءات معينة ، وتدابير خاصة ، لما يحتمل أن يكون لهذا التنفيذ من أثر أو مساس بالأوضاع الادارية ، فانه يكون من حسن سير الأمور ، وجوب اعطاء جهات الادارة فسحة بمعقولة من الوقت ، كى تدبر أمرها وتسيء السبيل إلى تنفيذ الحكم على وجه يجنبها الارتباك في عملها . وتقدير هذا الوقت الملائم متروك أمره ولا شك لرقابة المحكمة على ضوء الواقع من الأمر (٢).

أما إذا تجاوزت الادارة حدود المدد المعقولة للبحث الجدى الذى يستهدف تنفيذ الحكم ، وكشفت الأوراق عن تقاعدها في تنفيذه ، فإن ذلك يصدق عليه وصف الامتناع عن التنفيذ يرتب مسئوليتها بالتعويض ، وإلا جاز لها اتخاذ ذريعة البحث تكفه لإرجاء التنفيذ إلى غير أجل (٣) . ولذلك يتعين على الادارة أن تقوم بتنفيذ الأحكام في وقت مناسب من تاريخ صدورها

(١) ٧٣٠/٤/٢٦ م ٩٦٠ م ٧٣٠

CE 28—3—1935 Grolier et Crozet Rp. 606.

(٢) ٩٥١/٢/٧ م ٩٨٤

(٣) CE 21—3—1928 Minstre de l'Hygiène Rp. 394

وإعلانها ، فإن هي تقاعست أو امتنعت دون حق عن التنفيذ في وقت مناسب ، اعتبر هذا الامتناع قراراً إدارياً سلبياً مخالفاً للقانون ، يوجب لصاحب الشأن حقاً في التعويض ، ولا وجه لما يذهب إليه مفوض الدولة في تقريره من أن الخطأ اليسير في تنفيذ القانون لا يوجب التعويض ، لأن الأمر هنا لا يتعلق بخطأ في فهم القانون ، إذ أن القانون يوجب تنفيذ الأحكام ، ولا تحتل هذه القاعدة أى محوض في تطبيقها (١) ،

واستثناء مما تقدم فإنه يجوز للإدارة الامتناع عن تنفيذ الحكم إذا ما قدرت أن تنفيذه سوف يترتب عليه إخلال خطير بالأمن والنظام ، وفي هذه الحالة يتعين تعويض المحكوم لصالحه (٢) . وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه ولئن كان القرار الإداري لا يجوز في الأصل أن يعطل تنفيذ حكم قضائي نهائي ، والا كان مخالفاً للقانون ، إلا أنه إذا كان يترتب على تنفيذه فوراً إخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه ، كحدوث فتنة أو تعطيل سير المرافق العامة ، فيرجع عندئذ الصالح العام على الصالح الفردي الخاص ، ولكن بمراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها وأن يعرض صاحب الشأن إن كان لذلك وجهه (٣) .

كذلك لا تنهض مسؤولية الإدارة في حالة الخطأ في تنفيذ الحكم تبعاً للخطأ في تفسيره ، متى كان هذا الخطأ فنياً يسيراً ، ولم تنكر الإدارة للحكم أو تجاهله ، وإن ما وقع لا يعدو أن يكون خطأ في فهم مقصود الحكم ، وليس امتناعاً متعمداً عن تنفيذه (٤) .

(١) ١١٢٠٩٥٧/٦/٣٠ ح ٩٣٠

(٢) CE 30 — 11—1923 Contes RP 789 S 1923 — 111—57

Note Hauriou

(٣) ١١٢٠٩٥٩/١/١٠ ح ٥٣٣ . تعليق د. عبد الفتاح حسن وتعطيل تنفيذ الحكم القضائي مجلة العلوم الإدارية السنة السادسة العدد الأول ص ٣٤٣ وأحكام مماثلة في ١١٢٠٩٥٩/١/١٠ ، ١١٢٠٩٦١/١٢/٢٣ ح مجموعة البشر سنوات ص ٥٧٣ ، ٥٧٥

(٤) ١١٢٠٩٦٠/١/٤ ح ١٨١ ، ١١٢٠٩٥٣/٤/١٥ ح ٨٨٨ . ويمكن ذلك قضت بأنه ولا وجه لما يلحظ إليه المفوض في تقريره من أن الخطأ اليسير في تفسير القانون لا يوجب التعويض =

المسئولية الشخصية للموظف المسئول عن عدم تنفيذ الأحكام :

وإذا كانت حجة الشيء المقضى به تفرض احترامها على الادارة ، وترتب مسئوليتها بالتعويض في حالة إهدارها ، فقد ترتب كذلك المسئولية الشخصية للموظف المسئول عن عدم التنفيذ ، إذا كان خطؤه جسيماً وتحقق سوء نيته وتوافرت في بجانبه أركان المسئولية الشخصية . (١)

غير أنه نظراً لصعوبة إثبات الخطأ الشخصى فى حق الموظف ، فإنه نادراً ما يلجأ المحكوم لصالحه إلى منحاصمة الموظف المسئول شخصياً ومطالبته بالتعويض ، اكتفاء بمطالبة الجهة الادارية المختصة بالتعويض . وحتى في الحالات التي يوجه فيها المطالبة إلى الموظف شخصياً ، فإنه يختصمه مع الإدارة المختصة ، للحكم بالزامهما متضامتين بالتعويض ، حتى إذا ما تخلفت شروط المسئولية الشخصية في حق الموظف ، أمكن الحكم له بالتعويض قبل الادارة وحدها . لهذا ويؤثر الفرد الرجوع على الادارة وهي موسرة ، عن الرجوع على الموظف المسئول ومواجهة احتمال إعساره .

وقد قضت محكمة القضاء الادارى بأن امتناع الموظف المختص عن تنفيذ الحكم دون مبرر هو قرار سلبى خاطئ ينطوى على مخالفة لقوة الشيء المقضى به ، وهي مخالفة قانونية لمبدأ أساسى وأصل من الأصول القانونية تحليه الطمأنينة العامة .. ولذلك تعتبر المخالفة القانونية في هذه الحالة خطيرة وجسيمة لما تنطوى عليه من خروج سافر على القوانين . فهي عمل غير مشروع ومعاقب عليه . ومن ثم وجب اعتبار خطأ المدعى عليه الثالث خطأ شخصياً يستوجب مسئوليته عن التعويض المطلوب (٢) .

== لأن الأمر هنا لا يتعلق بخطأ في فهم القانون إذ أن القانون يوجب تنفيذ الأحكام ولا تحتل هذه القاعدة أى موضع في تفسيرها (١١٢٩٥٧/٦/٣٠ ص ٦٣٠)

Waline op. cit p. 273 Appliction op. cit. p. 137 (١)

ويرى هريو أن عدم تنفيذ الموظف لحكم مجلس الدولة يشكل خطأ شخصياً
CE 9—7—1909 S 1912—3—17 Note Hauriou

(٢) ١٩٥٠/٦/٢٩ ص ٩٥٦

هذا وقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا خطأ الموظف في عدم تنفيذ الأحكام خطأ شخصياً يسأل عنه في ماله الخاص . وفي ذلك تقول «ويعتبر الخطأ شخصياً إذا كان العمل الضار مصطبغاً بطابع شخصي ، يكشف عن الانسان بضعفه ونزواته وعدم تبصره . أما إذا كان العمل الضار غير مصطبغ بطابع شخصي ، ويتم عن موظف معرض للخطأ وللصواب ، فان الخطأ في هذه الحالة يكون مصلحياً . فالعبرة بالقصد الذي ينطوي عليه الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفته ، فكلما قصدت النكاية أو الاضرار أو تقيا منفعة الذاتية ، كان خطؤه شخصياً يتحمل هو نتائجها . وفيصل التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي يكون بالبحث وراء نية الموظف ، فاذا كان يهدف من القرار الإداري الذي أصدره تحقيق الصالح العام ، أو كان قد تصرف ليحقق أحد الأهداف المنوط بالإدارة تحقيقها والتي تدخل في وظيفتها الإدارية ، فان خطؤه يندمج في أعمال الوظيفة بحيث لا يمكن فصله عنها ، ويعتبر من الأخطاء المنسوبة إلى المرفق العام ، ويكون خطأ الموظف هنا مصلحياً . أما إذا تبين أن الموظف لم يعمل للصالح العام ، أو كان يعمل مدفوعاً بعوامل شخصية ، أو كان خطؤه جسيماً بحيث يصل إلى حد ارتكاب جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات ، كالموظف الذي يستعمل سطوة وظيفته في وقف تنفيذ حكم أو أمر أو طلب من المحكمة (المادة ١٢٣ من قانون العقوبات) فان الخطأ في هذه الحالة يعتبر خطأ شخصياً ويسأل عنه الموظف الذي وقع منه هذا الخطأ في ماله الخاص» (١).

المسئولية الجنائية عن عدم تنفيذ الاحكام :

وهذه المسئولية تقررت في القانون المصري وليس لها مثيل في القانون الفرنسي . ولا ريب أن تهديد الموظف بالعقوبة الجنائية بالحبس والغزل — هو من أنجح الوسائل في الزجر والردع ، وضمانة من أقوى الضمانات لاحترام الأحكام وتنفيذها .

وقد كانت المادة ١٢٣ من قانون العقوبات معدلة بالقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٥٢ تنص على أنه «يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين واللوائح أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من أية جهة مختصة ، كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمداً عن تنفيذ حكم مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره على يد محضر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلاً في اختصاص الموظف» .

وواضح أن التحريم لا يسرى إلا في حق الموظفين العموميين ، ويرجع في تحديد معيار الموظف العام . كما أن التحريم يتناول فعلين الأول وهو وقف تنفيذ الأحكام وذلك باستعمال الموظف سلطة وظيفته بقصد وقف التنفيذ، ولا يشترط لقيام هذه الجريمة أن يكون التنفيذ داخلاً في حدود وظيفته ، إذ يكفي لقيامها أن يستخدم سلطة وظيفته لدى المختصين بالتنفيذ ، لحملهم على وقفه . والفعل الثاني هو عدم تنفيذ الحكم ، وهي جريمة عمدية يشترط لقيامها أن يكون تنفيذ الحكم داخلاً في اختصاص الموظف ، وإن يتحقق لديه القصد الجنائي وانصراف نيته إلى عدم التنفيذ رغم إنذاره على يد محضر وفوات المدد المقررة وهي ثمانية أيام .

وإعمالاً لتلك المادة كان المحكوم لصالحه يستطيع أن يقيم الدعوى الجنائية المباشرة ضد الموظف المسئول عن وقف تنفيذ الحكم أو الامتناع عن تنفيذه ، إلى أن صدر القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥٦ معدلاً للمادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية والتي أصبحت تنص على إنه «ومع ذلك إذا كانت الدعوى عن جريمة من الجرائم المشار إليها في المادة ١٢٣ عقوبات وكان الحكم المطلوب تنفيذه فيها صادراً في منازعة إدارية فلا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراء فيها إلا بناء على إذن من النائب العام وعليه أن يأمر بالتحقيق أو يجريه بنفسه أو يكلف أحد المحامين العامين به» . وجاء في المذكرة الإيضاحية تبريراً لضرورة استصدار ذلك الاذن قبل رفع

الدعوى الجنائية أنه «إذا كانت الدعوى موجهة ضد موظف لامتناعه عن تنفيذ حكم صادر في منازعة إدارية فإن الأمر يتطلب مزيداً من التحوط والعناية، حرصاً على سمعة الإدارة والثقة العامة في قيامها على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها فروى لذلك ألا يكون رفع الدعوى في هذه الحالة أو اتخاذ إجراء فيها إلا بناء على إذن من النائب العام» (١) .

(١) يراجع في تقدير هذا التعديل وما دار حوله من آراء مؤيده ومعارضه د. عبد المنعم جبره المرجع السابق ص ٥٨٥ .

خاتمة

تلك ظروف نشأة مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية وتطورها وأثرها على العلاقات القائمة بينها ، انتقلت - في الأثر دون المبدأ - من الأرض التي نبتت فيها في فرنسا إلى قضائنا الإداري في مصر .

فلقد رأينا كيف كانت الهيئات القضائية - قبل ظهور المبدأ - تتغول - وخاصة محاكم البرلمانات - على وظائف الإدارة العاملة حتى كانت تصدر القرارات اللامحبة مما أدى إلى القطع بينها ومنع المحاكم من نظر المنازعات الإدارية باطلاق . واستردت الإدارة أنفاسها في ظروف سياسية مواتية ، لتصبح قاضية منازعاتها ، فجمعت بذلك بين الوظيفتين الإدارية والقضائية ، كما كانت المحاكم تجمع بينها من قبل ، ولم يكن هذا النظام في مسأله الظاهرة والمؤثرة تأثيراً عميقاً في مصالح الأفراد وحرياتهم ، ليعيش طويلاً ، وكان أن فصل داخل الإدارة بين الوظيفة الإدارية التي تتولاها الإدارة العاملة ، ووظيفة القضاء الإداري التي عهد بها إلى مجلس الدولة كهيئة قضاء إداري ، وبهذا أصبح مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية بمثابة أسلوب لتوزيع العمل داخل الإدارة ، يستند إلى التخصيص الوظيفي . ثم كانت صراعات الماضي ومغاباتها وآثارها ، والتي ورثها مجلس الدولة في يمينه ، تبعه بفراط من الحساسية ، وتباعد بينه في قضائه وبين ما يمكن أن تنطوي بحق أو بغير حق على مساس باستقلال الإدارة . وكان أن نأى عن الحكم على الإدارة بشيء - خلاف التعويض - وإلا عد قضاؤه أمراً صادراً إليها ماساً باستقلالها ، أو الحكم عليها بعمل وإلا عد قضاؤه حلولاً محلها في عملها ، أو اكراهها عليه وإلا كان ذلك تدخلاً منه في صميم اختصاصها واعتداء على حريتها في القيام بوظائفها . ومع تطور مجلس الدولة تطوراً مطرداً وعميقاً مع نمو القانون الإداري واتساع مياديه ، ونمو الفكر

الديمقراطي وزيادة الايمان به ، ومع بعد الثقة والعهد بينه وبين الظروف التي مهدت بل وفرضت اتجاهاته السابقة في تفسير وتحديد مفهوم مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية وأثرها في قضائه ، فقد ظل متمسكاً بتقاليدته القديمة ، دون أن يسجل عدولا عنها لا ملحوظاً ولا محسوساً ، انتقلت اليها في قضائنا الادارى المصرى ، بالرغم من علم انتقال المبدأ ذاته كما سبق الايضاح ،

وإن المشكلة تكمن أساساً في قضاء الإلغاء . ولدواعى الوضوح والاستطراء في التعقيب نعيد إبراز مثالين . فحين يقوم القاضى بإلغاء قرار فصل موظف لا يحكم بإعادته إلى عمله ، والا كان ذلك بمثابة الأمر الصادر إلى الادارة بإعادته إلى عمله . وحين يقوم بالحكم بإلغاء قرار تخطى موظف في ترقية لا يتعدى ذلك إلى الحكم بترقيته ، وإذا كان ذلك حلولاً منه محل الادارة في عمل من أعمالها باصدار قرار ترقية يدخل في صميم اختصاصها ،

ونحن نسلم بهذا القضاء ولا نعترض عليه ، فقد يكون الاعتراض سابقاً لأوانه . ولكننا مع ذلك لا نسلم بمسلك هذا القضاء في الوقوف بالحكم عند حد الإلغاء دون تحديد آثاره الحتمية المباشرة . فن المسلمات واستناداً إلى الأحكام العديدة والمطردة ، أن الحكم بإلغاء قرار فصل موظف يترتب أثراً حتمياً ومباشراً بالتزام الادارة بإعادته إلى الخدمة . كما أن الحكم بإلغاء قرار تخطى موظف في ترقية ، يترتب أثراً حتمياً ومباشراً بالتزام الادارة بترقيته ، فإذا كان ذلك أمراً ثابتاً ومستقراً ، فإن الحكم بالتزام الادارة على ذلك النحو مقترناً بالالغاء ، ليس الا كشفاً عن ذلك الأثر ، وبياناً له ، وهو جزء لا ينفصل عن الحكم ما دام أثراً حتمياً ومباشراً ، كما لا يختلف عنه في طبيعته القضائية .

وإذا كان مبدأ الشريعة فيما نفيه من خضوع الادارة للقانون ، وما اقتضاه من إخضاع أعمالها للرقابة القانونية للقضاء الادارى الذى يملك ولاية في الغاء

قرارها المعيب ، لا يتضمن غير منازع افتتاتاً على استقلال الادارة ، فكل ذلك لا ينطوى الحكم بتحديد الأثر الحتمي للإلغاء على مثل هذا الافتتات .

وإذا كان الإلغاء ليس مطلوباً لذاته ، بل لما يترتب من أثر مباشر ، وكان هذا الأثر المباشر حتمياً يرتبط بحكم الإلغاء ارتباطاً بالفرع بالأصل ، فكيف يوصم الحكم بالأثر الحتمي وهو الفرع بالعدوان ، ولا يوصم به الحكم بالإلغاء وهو الأصل ؟ بل إن الحكم بالإلغاء قرار فصل موظف هو قضاء ضمني بالتزام الادارة باعادته إلى وظيفته ، كما أن القضاء بالإلغاء تحظى موظف في ترقية يطوى قضاء ضمناً بالتزام الادارة بترقيته . فكيف يقع هذا القضاء الضمني في حدود الوظيفة القضائية ، في حين يخرج عنها القضاء به صراحة ليدخل في الوظيفة الادارية . نحن لا نتصور أن تنقلب طبيعة العمل من قضائية إلى ادارية لمجرد تغير شكله من ضمني إلى صريح .

وإذا كانت الأحكام لا تتخرج في أسبابها عن ترديد التزامات الادارة المترتبة على الإلغاء ، فليس من حرج لو تضمن منطوق الحكم بياناً بهذا الالتزام ، أو ليست الأسباب مرتبطة بالمنطوق ، وأن الحرج إذا دار هنا يدور هناك ؟

وقد يلزم رأى إلى أن تنفيذ الأحكام الصادرة بالإلغاء يستتبع إصدار قرارات إدارية تتمتع الادارة بشأنها بقدرة من السلطة التقديرية مما يجعلها أقدر من غيرها على بحث ملاءمة إصدار هذه القرارات والتوفيق بين الاعتبارات المختلفة وبين الالتزامات التي يفرضها حكم الإلغاء (١) . وهذا الرأى مردود بضرورة التفرقة بين التزام الادارة المترتب على الحكم ، وبين تنفيذ هذا الالتزام . فأما الالتزام فهو بطبيعته الملزمة ، مقيد لسلطة الادارة لا تملك إزائه وزناً ولا تقديراً . وإذا قيل بأن للادارة سلطة في تقدير التزاماتها المترتبة على الحكم ، لكان معنى ذلك خضوع الحكم ذاته - وهو مصدر

(١) يراجع فيما تقدم هامش ص ٧٥

الالتزم - للسلطة التقديرية ، وهو ما لا يجوز التسليم به . أما وسيلة تنفيذ هذا الالتزام فتحضج ولا شك لسلطتها التقديرية ، وهي سلطة لا يحسبها الحكم الصادر بتحديد التزامها ، ولا ينال منها في شيء .

وينتجه رأى آخر إلى أن تقرير سلطة مجلس الدولة في إصدار الأوامر للإدارة لن يغير من الوضع شيئاً فضلاً عما تخلقه من مشاكل معقدة ، مردها حرص الإدارة على ما لها من استقلال ، وحساسيتها المطلقة بالنسبة لكل ما يتضمن المسامحة بامتيازاتها . ويكشف مسالك مجلس الدولة من هذه المسألة عن حسن تصرفه ولباقته ، فهو يحاول إرضاء نزعة الاستقلال عند الإدارة بالوقوف عند مجرد إلغاء القرار ، وترك ما يترتب على ذلك الإلغاء للإدارة لتحقيقه بنفسها . وواضح أن الحرية التي يتركها المجلس للإدارة في إجراء التنفيذ حرية ظاهرية . وأن موقف مجلس الدولة هو نوع من السياسة القضائية التي تكشف عن مدى حكمة المجلس وحسن تقديره للأمر ، إذ لا جدال في أن هذا المسلك بما يتضمنه من مراعاة لنفسية الإدارة وحساسيتها يعتبر حافزاً على الامتثال للتنفيذ ، أكثر مما يؤدي إليه الأمر الصريح (١) .

وواضح أن هذا الرأى يحرص على الدفاع أكثر مما يحرص على الاقتناع . ومع التسليم بأن موقف مجلس الدولة كان نوعاً من السياسة القضائية ، فإن ذلك أيضاً كان مرتبطاً بظروف سياسية في عهد عتيق انقطعت به الأوضاع . وليس مقبولاً من ناحية المبدأ ، أن سياسة قضائية ارتبطت بظروف سياسية في القرن الثامن والتاسع عشر ، تظل جامدة ومتحجرة في القرن العشرين وحتى السنوات الأخيرة منه ، رغم كل التطور النشط والعميق للأفكار السياسية والمذاهب الديمقراطية ، وبعد أن رست أقدام القضاء الإداري وصار قاعدة صلبة تقوم ما بقى القانون الإداري قائماً ، بل لقد بلغ الإيمان بالفكر الديمقراطي واليقين بسيادة القانون ومبدأ الشرعية

(١) Weil op. cit. p. 62 ويراجع هامش ص ٧٦ .

شأوا أدى إلى تضمين دستورنا المصرى الجديد لأول مرة ، وسبقاً في ذلك على الدستور الفرنسي ، نصاً باعتبار مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة تدرج في السلطة القضائية ، وبذلك صار هيئة دستورية لا يجوز المساس باستقلالها إلا بتعديل في الدستور .

وأما ما جاء بالرأى المتقدم من أن موقف مجلس الدولة كان حرصاً على ما للإدارة من استقلال ، وإرضاء لزعمتها فيه ، ومراعاة لجسديتها المطلقة ، فقول لا يسعف الرأى في شيء ، ذلك لأن الحرص على استقلال الإدارة كان في حقيقته فرطاً في الحرص على هذا الاستقلال ، وفي خصوص لا يمس كما سبق البيان بهذا الاستقلال . وأما عن مراعاة حساسية الإدارة ومشاعرها فإن ذلك لا يصلح حجة في منطق القانون ، ومع ذلك فإنه ما دام الحكم بالغاء قراره لا يمس حساسيتها ومشاعرها — اللهم إلا إذا كان صاحب الرأى يعترض كذلك على إصدار أحكام الالغاء — فإن يمسها بعد ذلك في شيء الحكم بتحديد الأثر المباشر لهذا الالغاء .

وأما القول بأن تقرير سلطة مجلس الدولة في إصدار الأوامر — كالحكم بإعادة الموظف المفقول كأثر مباشر لحكم الالغاء وهو ما لا نلجأ إليه إذ يقف رأينا عند الحكم بالتزام الإدارة بإعادته إلى عمله دون الحكم بإعادته إليه — يخلق مشاكل معقدة ، وأنه لذلك يقف مجلس الدولة عند مجرد إلغاء القرار ، ويترك ما يترتب على ذلك الالغاء للإدارة تحقيقه بنفسها فهو ما يختلف معه فيه . ذلك أن الإدارة كثيراً ما تقع في الخطأ أو الخلط ، إن قصداً أو بغير قصد ، في استخلاص الآثار المباشرة لحكم الالغاء ، وتتخذ على أساسها قرارات يشب حولها النزاع من جديد . وهكذا فإن حكم الالغاء إذ يصدر لحسم منازعة قائمة ، يكون في الواقع إيداناً ببدء منازعة جديدة . وهذا تتولد المنازعات وتتخذ الخصومات التي كان حكم الالغاء الأول كفيلاً بحسمها ، لو أنه قضى بالأثر المباشر للحكم توضيحاً للأمر ، وقطعاً لدابر الخلافات .

وإذا كان لنا أن نطرق الجانب الذاتى للهيئة الإدارية كما طرقه البعض ،

فإننا لمن المحقق أن الهيئة الادارية الرشيدة توجب ، إذا ما أخطأت أو تعثرت
في إصدار قرار قضى بالغائه ، أن يحدد لها قاضيا آثاره الحتمية المباشرة ،
حتى ترد الأمور إلى نصابها الصحيح ، إعلاء لكلمة القانون : هذه الهيئة
الرشيدة هي الأحق بأن توضع في الميزان . .

ومع ذلك فإذا جال البصر نحو الهيئة الادارية الجائرة ، فن الغريب
أنه لمن يتغير وجه النظر : ذلك أن قضاء القاضي بتحديد الآثار الحتمية
المباشرة للإلغاء ، يخلق أمامها باباً كانت ترجوه مفتوحاً لمعاودة الجور والعنت .
هذه الهيئة الجائرة يحق أيضاً أن توضع في الميزان .

ونأمل لقضائنا في ضوء ما تقدم توفيقاً في إعادة الوزن وإقامة الميزان .

عرض تحليلي موجز

للنشاط المصرفي التجاري والنظام النقدي اللبناني(*)

للدكتور صبحي تادوس قريصة

كلية التجارة - جامعة الاسكندرية

تمهيد : نتعرض أولاً للنشاط المصرفي التجاري في لبنان . فبعد أن تمهد بلمحة تاريخية عن الظروف السياسية التي حكمت الاستثمار في النشاط المصرفي نربط بين نموه وعدد من العوامل الاقتصادية وغير الاقتصادية ، ونلقى بعض الضوء على أهم موارد واستخدامات البنوك التجارية في لبنان ، ثم نتعرض ثانياً لتطور النظام النقدي والصيرفة المركزية Central Banking ، وأخيراً وثالثاً نختم هذا البحث بتقييم عام للنشاط المصرفي والنقدي اللبناني مع استنتاج بعض التوصيات العامة .

أولاً : النشاط المصرفي التجاري

(أ) لمحة تاريخية :

في أواخر حكم الامبراطورية العثمانية كان هناك سباق لبسط النفوذ السياسي لدول أوروبا الثلاث - إنجلترا وفرنسا وألمانيا - على منطقة الشرق العربي . وفي ظل هذا النفوذ السياسي الأوربي وتحت نظام الامتيازات الأجنبية انسابت رؤوس الأموال الأوروبية طارقة أبواب الاستثمار في منطقة الشرق العربي ومنها الاستثمار في المصارف ، ومن ثم كانت أهم البنوك التي تأسست في بدء تطور النظام المصرفي ذات رأس مال فرنسي وإنجليزي ثم رأس مال ألماني .

وفي خلال الحرب العالمية الأولى اضطهدت البنوك الإنجليزية والفرنسية

* أشكر السادة الدكاترة محمد إبراهيم غزلان ومحمد عبد العزيز عجيله وعبد الكريم صادق بركات ويوسف عبد الحميد ، فمناقشاتهم معهم وآراؤهم كانت مفيدة وشمرة .

ولكنها تمكنت من تهريب أموالها إلى الخارج . وفي أثناء هذه الحرب نشطت البنوك الألمانية في كل بلاد الامبراطورية العثمانية .

وبعد الحرب العالمية الأولى خضعت سوريا ولبنان للانتداب الفرنسي ، وتبع هذا انتشار البنوك الفرنسية ونموها وتركزها . وقد أخذت هذه البنوك تنوع فظهرت بنوك للودائع وبنوك عقارية غير متخصصة (١) وكان من أهم البنوك الفرنسية التي أنشئت بعد الحرب بنك سوريا ولبنان الذي عهد اليه بوظيفة الاصدار إلى جانب نشاطه كبنك تجارى ، كذلك أنشأت مؤسسات مصرفية فرنسية فروعاً لها بلبنان في مجال النشاط المصرفى التجارى ماعدا بنك واحد تخصص فى الائتمان العقارى هو بنك الائتمان العقارى للجزائر وتونس ، وفى أواخر العشرينات تأسست مصارف لبنانية من أهمها بنك روبى صباح وشركاه وبنك ج . طراد وشركاه وبنك مصر - سوريا ولبنان . وقد استمر النشاط المصرفى التجارى اللبناى فى نمو مضطرد خلال فترة ما بين الحربين وبعد الحرب العالمية الثانية .

(ب) عوامل نمو النشاط المصرفى التجارى اللبناى :

لقد نما النشاط المصرفى اللبناى واستمر نموه بصورة مضطردة ليس فقط بالنسبة للبنوك الأجنبية بل أيضاً بالنسبة للبنوك الوطنية من حيث نمو عددها وأحجام عملياتها . ولقد عاشت هذه البنوك فى نمو مضطرد إلى جوار البنوك الأجنبية بالرغم من ضخامة موارد الأخيرة وخبرتها الكبيرة فى المجال المصرفى . ويمكننا أن نربط بين النمو السريع للنشاط المصرفى التجارى فى لبنان وبين مجموعتين من العوامل : الأولى مرفقية Institutional Factors والثانية اقتصادية . وتمثل الأولى فى عاملين هما : سيادة مبدأ الحرية الاقتصادية وطبيعة المجتمع الاقتصادى اللبناى ، وتمثل الثانية فى عاملين هما : أهمية الطلب على الائتمان المصرفى التجارى ووفرة الموارد المصرفية .

(١) د. فواد مرسى - محاضرات عن النقود والبنوك فى البلاد العربية - سوريا ولبنان ،

ونلقى بعض الضوء على هذه العوامل فيما يلي :

(١) العوامل المرفقية :

١ - سيادة مبدأ الحرية الاقتصادية :

لقد سار لبنان وما زال يتبع هذا المبدأ . وتعد سيادة هذا المبدأ الذى يحكم التصرفات الاقتصادية فى لبنان من أهم العوامل التى شجعت على الاستثمار فى النشاط المصرفى . فحتى صدور قانون النقد والتسليف فى عام ١٩٦٤ لم يكن فى لبنان أى قيد على النشاط المصرفى . فلم يكن هناك أى قيد على إنشاء بنوك جديدة أو تشريع ينظم أعمالها . فلقد كان ينظر إلى أعمال الصيرفة على أنها نشاط تجارى وبالتالى تخضع لأحكام القانون التجارى الذى ينظم أعمال التجارة الأخرى ، كذلك لم يكن حتى هذا التاريخ رقابة على النشاط المصرفى . فلم يكن هناك ما يلزم البنوك بالاحتفاظ بمحد أدنى لنسبة الاحتياطي النقدى ، ولم يكن يطلب منها نشر ميزانياتها دورياً . وهكذا فإن غياب القيود القانونية على النشاط المصرفى كنتيجة لسريان مبدأ الحرية الاقتصادية - فى صورته التقليدية - لم يسهل فقط أمر إنشاء مصارف جديدة على اللبنانيين ، بل سهل أيضاً على البنوك الأجنبية، على اختلاف جنسياتها أمر إنشاء فروع لها ببيروت، اما مستقلة أو بالاشتراك مع البنوك الوطنية (١) .

٢ - طبيعة المجتمع الاقتصادى اللبناني :

إن المجتمع الاقتصادى فى لبنان من مال وأعمال يهيء البيئة الاقتصادية الملائمة لنشأة ونمو الصيرفة . ففى هذا المجتمع الصغير تتشابك مصالح رجال المال مع مصالح رجال الأعمال . فالكثير من رجال البنوك الوطنية كانوا رجال أعمال . ولقد تروى على هذا الرضع سهولة قيام علاقات بين المقترضين - العملاء - والمقرضين - البنوك - . فرجال البنوك يعرفون عملاءهم معرفة

(١) راجع : Asseily, A. E. Central Banking in Lebanon p. 32.

Printed by Khayat Book & Publishing Co., Beirut, 1967

شخصية : ونمو مثل هذه العلاقات عامل أساسي في نمو نشاط البنوك (١) . ويمكن أن نضيف جانباً آخرام للملازمة البيئة الاقتصادية اللبنانية لسرعة نمو النشاط المصرفي ويتمثل في الاقبال النسبي الكبير للبنانيين على التعامل مع المصارف كمودعين ومقرضين . وتنعكس هذه الظاهرة في انخفاض نسبة البنكنوت المتداول إلى الحجم الكلي لوسائل الدفع (٢) ، والذي يعكس قوة «العادة المصرفية» بلبنان .

(ب) العوامل الاقتصادية :

١ - أهمية الطلب على الائتمان المصرفي التجاري :

إن الطالب على الائتمان طلب مشتق ، وهذه الحقيقة تنبع من طبيعة الخدمات المصرفية من حيث كونها وخدمات مكملة ومن حيث كون الجهاز المصرفي جهاز تابع للأجهزة القائمة على الأنشطة الانتاجية الأخرى في الاقتصاد القوي . وعلى ذلك فقد ترتب على كبر حجم قطاع الخدمات الذي يسيطر على الاقتصاد اللبناني بوجه عام وقطاع التجارة بوجه خاص كبر حجم الطلب على الائتمان المصرفي التجاري . ومن العوامل الهامة التي يزدى إليها كبر حجم النشاط التجاري ونموه النشاط الموروث للبنانيين في أعمال التجارة وموقع لبنان الجغرافي ، ذلك الموقع الذي جعل من بيروت مركزاً تجارياً هاماً وخاصة بالنسبة للتجارة العابرة ، أي التجارة بين أوروبا والشرق العربي الغني بموارده المعدنية .

٢ - وفرة للوارد المصرفية

ومن الأسباب الهامة في نمو النشاط المصرفي اللبناني وفرة الموارد المصرفية

(١) راجع : Sayers, R. S., ed. Banking in the British Commonwealth,

"Introduction" pp. VIII-IX, the Clarendon Press, Oxford, 1952

(٢) لقد بلغ متوسط هذه النسبة خلال الفترة من ١٩٦٤ إلى ١٩٦٨ حوالي ١٩٠٣٪. وقد حسبت هذه النسبة بجمع أرقام النقد المتداول خارج البنوك في آخر كل عام ثم قسمت على حاصل جمع أرقام النقود « وأشباه النقود » المقابلة وقد أغلقت الأرقام الأصلية من :

Int. Financial Statistics, No. 3 IMF, March 1969.

ذات المصدر الأجنبي وتمثل الموارد النقدية المتدفقة على سوق النقد اللبناني في مصدرين رئيسيين : أولهما تلك الأموال التي يحولها اللبنانيون في المهجر سنوياً إلى أقاربهم ، وثانيهما ودائع المواطنين العرب الأثرياء ، ومن الأسباب الرئيسية التي يعزى إليها تفضيل أثرياء العرب إيداع أموالهم لدى البنوك اللبنانية سوق النقد الأجنبي الحريبروت وثقتهم الكبيرة في قيمة الليرة اللبنانية التي يفضّل الذهب أكثر من ٩٠٪ من قيمتها وحرية التحويل الكاملة التي تتمتع بها منذ عام ١٩٥٠ . هذا بالإضافة إلى حرية الاختيار المتاحة أمام المودعين غير المقيمين في أن يفتحوا حسابات تحت الطلب لدى البنوك التجارية بأي عملة يختارونها ويتقاضون عنها معدلات فائدة مرتفعة نسبياً . والأكثر أهمية من ذلك تطبيق قانون «سرية الصيرفة» منذ عام ١٩٥٦ (١) ، ذلك القانون الذي يقضى بحجب أية معلومات خاصة بأرصدة العميل المودع وبعاقب موظف البنك الذي يكشف عن مثل هذه البيانات لأية جهة كانت ، ويكتفى في تمييز حسابات المودعين بترقيمها فقط ،

ج) موارد واستخدامات البنوك التجارية :

نقدم في هذا المجال عرضاً لأهم عناصر موارد البنوك التجارية وأهم استخداماتها على النحو التالي :

١) الموارد :

ونعرض هنا لبندی رأس المال والودائع على أساس أن الأول يمثل أهم عناصر الموارد الذاتية ويمثل الثاني أهم عناصر الموارد غير الذاتية بل أهم الموارد الكنية على الإطلاق :

١ - رؤوس الأموال : وتشابه في أهميتها الصغيرة كمورد

(١) ولقد دافعت جمعية المصارف اللبنانية دفاعاً شديداً عن قانون سرية الصيرفة على أساس أن المساس بهذا القانون يعنى تقليصاً لدعائم الاقتصاد اللبناني وتهديداً للثروة القومية ومصالح الشعب اللبناني ... « من خطاب لبيير أدّه رئيس جمعية المصارف اللبنانية الموجه لوزير المالية في مارس ١٩٦٣ » .

للبنوك التجارية اللبنانية مع البنوك التجارية في البلاد الأخرى .
وتجدر الإشارة إلى بعض الملاحظات العامة عن رؤوس أموال البنوك التجارية ،
فذكر أنه حتى صدور قانون النقد والتسليف سالف الذكر لم يكن هناك
حد أدنى قانونياً لرأس مال البنك التجاري ، كما أنه بالرغم من كون البنوك
التجارية شركات مساهمة محبودة المسؤولية تركز ملكية أموالها في أيدي قلة
من كبار حملة الأسهم الذين يتولون عادة إدارتها . ومن الأسباب التي يرجع
إليها عدم انتشار ملكية أسهم البنوك بين عدد كبير من المساهمين عدم رغبة
البنوك في تداول أسهمها في بورصة بيروت نظراً لخضوع هذه السوق
للكون من المضاربة الجارحة ، الأمر الذي يعرض هذه الأسهم إلى تقلبات
شديدة قد تؤثر تأثيراً سيئاً على سمعة البنوك اللبنانية وبالتالي في ثقة عملائها (١).

٢ - **الودائع** : وتمثل أهم موارد البنوك التجارية وهي لا تختلف
في أهميتها عن الوضع بالبنوك التجارية في البلاد الأخرى . ومن الناحية
التصنيفية يمكن أن نصنف الودائع لدى البنوك التجارية على أساس أكثر
من صفة مميزة ، فنصنفها إلى ودائع جارية أو تحت الطلب ، وودائع
غير جارية ، وإلى ودائع بالليرة اللبنانية وودائع بالعملة الأجنبية ،
وإلى ودائع الأفراد وودائع المصارف .

فبالنسبة للودائع تحت الطلب أو الجارية . كانت تظهر قبل عام ١٩٦٤
تحت بند واحد ولكن بعد هذا التاريخ أصبحت تنشر تحت بندين :
الحسابات الجارية وتغذيها التحويلات النقدية المباشرة ، و**حسابات الشيكات**
وهي عموماً ودائع رجال الأعمال وتغذيها التحويلات النقدية الناتجة عن
تحصيل الأوراق التجارية وغيرها من أدوات الائتمان . وكما أسلفنا تدفع
البنوك فوائد مرتفعة على الودائع الجارية تتفاوت معدلاتها العادية (٢)
من ٢٪ إلى ٥٪ . وهذه المعاملة يندر أن نجد لها مثيلاً في البنوك
التجارية في الدول الأخرى ، ويختلف معدل الفائدة من بنك إلى آخر
بل في داخل البنك الواحد من وديعة إلى أخرى ، حيث يخضع تحديد

(١) ألفرد . ميل في كتابه سالف الذكر ص ٣٥

(٢) فصل بالنسبة لبعض الودائع الهامة إلى ٧٪

إلى عامل المساومة بين المودع والبنك طبقاً لحجم الوديعة ودرجة احتمال تقلباتها .

أما بالنسبة للودائع غير الجارية فتتشابه أيضاً ومثيلاتها لدى البنوك التجارية في البلاد الأخرى حيث أنها تتخذ ثلاث صور رئيسية هي : **الودائع الآجلة ، والودائع الخاضعة لاشعار وحسابات الادخار .**

ومن المعروف أن الودائع غير الجارية أكثر استقراراً من الودائع الجارية ولذا تحتفظ البنوك بمقابلها بنسبة أقل من الاحتياطي النقدي ، وبالتالي تتمتع بحرية أكبر في استخدامها ومن ثم تدفع عليها معدلات فائدة أعلى ، ولكن مما تجدر الإشارة إليه أن الفروق بين معدلات الفائدة على الودائع غير الجارية والودائع الجارية صغيرة . فتتراوح معدلات الفائدة على الودائع الآجلة وباشعار وهي أعلى من معدلات الفائدة على حسابات الادخار بين ٤,٥٪ و ٦,٥٪ . وتخضع في تحديدها أيضاً إلى عامل المساومة وتختلف من بنك إلى آخر ومن وديعة إلى أخرى . ولقد ترتب على ضآلة الفروق بين معدلات الفائدة على الحساب الجارى وتلك على الحساب غير الجارى اقبال الكثير من المودعين وخاصة المودعين غير المقيمين على تفضيل الودائع في الحساب الجارى . ولكي تجذب البنوك اللبنانية أكبر قدر ممكن من الأرصدة الأجنبية فإنها تقبل فتح حسابات بالعملات الأجنبية تحت أى صورة من صور الودائع وبأى عملة من العملات . ويمكن أن نرى السبب الرئيسى في دفع معدلات فائدة مرتفعة على الحساب الجارى في تقوية رغبة غير المقيمين في ايداع أرصدهم لدى البنوك اللبنانية ، كما لا يقتصر السباح بالاداءات بعملات أجنبية على الأجانب بل يسمح أيضاً للبنانيين بفتح حسابات بعملات أجنبية يحتفظون بها بفرض تمويل وارداتهم . وزيادة في الترغيب في الودائع بالعملات الأجنبية تدفع البنوك معدلات فائدة على الحسابات بالعملات الأجنبية أعلى مما تدفعه على الأرصدة المودعة بالعملة المحلية .

ويحتفظ البنك التجارى اللبناني بمبالغ كبيرة تستحق للبنوك الأخرى من

محلية وأجنبية وبعملات أجنبية وبالعملة المحلية وهي التي تعرف بالودائع المصرفية Inter-Bank Deposits أو حسابات البنوك والمراسلين . ولم تكن البنوك تنشر بيانات عن هذه الحسابات قبل عام ١٩٦٤ . وتستحق هذه الودائع إلى ثلاث جهات هي : البنوك المقيمة والبنوك غير المقيمة والبنك المركزي . وتتفاوت معدلات الفائدة على هذه الودائع تبعاً لنوع العملة المودعة بها وظروف الطلب والعرض عليها ، ومنشأ الأرصدة (١) وطبيعة الوديعة ومركز البنك المودع لديه وقدرته في الحصول على قرض من البنك المركزي . وهنا أيضاً تزيد معدلات الفائدة على الودائع المصرفية بالعملة الأجنبية عنها على الودائع بالعملة المحلية بسبب احتمال وجود عنصر المخاطرة في تحويل العملة اللبنانية إلى العملات الأجنبية .

١.١. إن ضخامة أرقام الودائع المصرفية يعكس مدى الاعتماد الكبير للبنوك التجارية اللبنانية على بعضها البعض من وطنية وأجنبية . ونظراً لتعدد مصادر هذه الودائع تمثل «ملجأ كبيراً ومرناً للاقتراض» وإن كان يحمل في طياته عدم الاستقرار كما سنشير فيما بعد .

ب) استخدامات البنوك :

بالنظر في هيكل أصول أو استخدامات البنوك التجارية اللبنانية لمواردها نستطيع أن نلّين مدى خضوعها الكبير «لنظرية القرض التجاري» وتكيفها لاستخدام مواردها في مقابلة الطلب على الائتمان من جانب قطاع الخدمات بوجه عام وقطاع التجارة بوجه خاص . فالبنوك التجارية تستخدم مواردها أساساً في «القرض قصير الأجل لتمويل عمليات التجارة الداخلية والخارجية» .

(١) وقد تشأ هذه الودائع على النحو التالي : إذا احتاج أحد البنوك نقداً سائلاً يطلبه من بنك على آخر لديه فائض ويتفق معه أن يودع الأخير لديه المبلغ المطلوب مقابل فائدة . وقد يطلب فرع على من مركزه الرئيسي أن يودع مبلغاً لديه وليكن بالاسترلين مثلاً ، ثم يقوم الفرع المحلي بإيداع هذا المبلغ لدى البنك المركزي كضمان لقرض يحصل عليه من الأخير . وعندما يحل ميعاد سداد القرض يرده البنك المقيم باليرة ويتسلم المبلغ المودع بالاسترلين ليرده إلى مركزه الرئيسي . أنظر د. جليل المرجع المذكور ص ٣٤.

وتتناول باختصار مجموعات الأصول الرئيسية على النحو التالي :

١ - النقد السائل والأصول السائلة : ويشتمل النقد السائل على النقدية التي تحتفظ بها البنوك في خزائنها وما تحتفظ به من أرصدة سائلة لدى البنك المركزي . أما الأصول السائلة فهي تلك الأصول التي يمكن أن يحولها البنك التجارى إلى نقد سائل بسرعة أو الأموال التي يمكن سحبها عند الطلب . وعلى ذلك فيدخل ضمن الأصول السائلة القروض القابلة للاستدعاء والشيكات تحت التحصيل والودائع المصرفية تحت الاضطلاع ، كما تشتمل هذه الأصول على ما يحتفظ به البنك من أوراق تجارية يقبل البنك المركزى إعادة خصمها .

ومما يسترعى الانتباه انخفاض نسبة النقدية Cash Ratio التي تحتفظ بها البنوك اللبنانية بالمقارنة مع هذه النسبة لدى البنوك التجارية في البلاد الأخرى . فلقد بلغت هذه النسبة ٢٪ ، ٤٪ في شهرى ابريل وسبتمبر من عام ١٩٦٤ على التوالي : ومن الأسباب التي تساق لتبرير انخفاض نسبة النقدية ارتفاع نسبة السيولة (١) وبطء حركة قسم كبير من الودائع الجارية ذات معدلات الفائدة المرتفعة والتي تعد بديلاً قريباً للودائع غير الجارية .

٢ - السلفيات والأوراق المضمومة : يسيطر الائتمان قصير الأجل سيطرة شبه كاملة على نشاط البنوك التجارية اللبنانية متخذاً شكل السلفيات والأوراق المضمومة . ويبدو هذا واضحاً من ضخامة النسبة بين السلفيات والودائع والتي تكشف عنها أرقام الجداول التالى الخاصة بالسلفيات والودائع لدى البنوك اللبنانية في ٣١ كانون أول عام ١٩٦٥ .

(١) تقاس نسبة السيولة بقسمة حاصل جمع النقدية بالخزينة وأرصدة البنك التجارى لدى البنك المركزى والقروض القابلة للاستدعاء والأوراق التجارية القابلة لاعادة الخصم على مجموع الودائع وبعض الأرصدة ائدانة .

جدول رقم (١)

سلفيات وودائع المصاريف اللبنانية في ٣١ كانون أول ١٩٦٥

البيان	ملايين الليرات	البيان	ملايين الليرات
محفظة السندات التجارية	٦٠٨,٧٥٤	حسابات الادخار	١٢٥٥,١١٦
تسليفات وحسابات مدينة	٣٠٠٩,١٧٣	حسابات الشيكات	٦٦٧,٩٧٩
سلف للمساهمين	٦٦,٨٣٢	الحسابات الجارية	٦٧٤,٨٧١
		ودائع لأجل	٤٤٣,٣٩٦
		وخاضعة لأشعار	
		المصارف الدائنة	١٤٣٢,٤٤٣
		دائنون مختلفون	٣٨٤,٧٠٣
المجموع	٣٦٨٤,٧٥٩	المجموع	٤٨٥٨,٥٠٨

المصدر : تسعة دروس من الأزمة للسيد / أمين علامة المدير العام

المساعد لبنك بيروت والبلاد العربية ص ٦

وبالتأمل في أرقام الجدول السابق نرى أن النسبة بين مجموع السلف إلى المجموع الكلي للودائع بلغت في هذا التاريخ ٧٦٪ . وإذا استبعدنا ودائع المصارف من مقام هذه النسبة ترتفع إلى ١٠٧٪ .

وتعكس ضخامة السلفيات والأوراق المضمومة ضخامة الائتمان المصرفي الموجه لتمويل النشاط التجاري الداخلي والخارجي والذي يعكس - في نهاية التحليل - ضخامة القطاع التجاري في الاقتصاد اللبناني . وكنيجة لضخامة القطاع الصناعي ولصغر حجم المنشآت الصناعية واعتمادها الكبير على التمويل الذاتي تمثل سلفيات البنوك التجارية إلى القطاع الصناعي نسبة صغيرة من المجموع الكلي لسلفياتها (١) . ونذكر فيما يلي بعض الملاحظات التفصيلية عن سلفيات البنوك وأوراقها المضمومة .

(١) تبلغ حصة القطاع التجاري من حجم الائتمان الكلي حوالي ٥٥ ٪ مقابل ١٥ ٪ لقطاع البناء والتشييد و ٤ ٪ لزراعة ، أنظر بنك مصر - النشرة الاقتصادية ص ٥١ - الإحصاء الأول والثاني والثالث والرابع - يناير ديسمبر ١٩٦٨ .

تمنح البنوك اللبنانية سلفياتها مقابل ضمان عيني أو ضمان شخصي ، وقد تشمل أنواع الضمان العيني التي تقبلها البنوك أوراق مالية وتجارية ، بضائع وعقار . وما يسترعى الانتباه أن البنوك التجارية اللبنانية لا ترد في قبولها العقار كضمان لسلفياتها بالرغم من ضعف سيولة هذا الأصل وجفافه هذا التصرف للتقليد المصرفي التجاري . وترجع ظاهرة التسليف بضمان عقارات إلى سيادة الاعتقاد لدى الأفراد بأن العقار أكثر الأصول ضماناً .

وتقدم البنوك اللبنانية سلفيات بالعملة المحلية والعملات الأجنبية على أن ترد الأخيرة بنفس العملة التي قدمت بها ،

وتمثل قيمة الأوراق المضمومة لدى البنوك التجارية نسبة كبيرة من استخدامها ، ولكن يكشف تطورها عن اتجاه أهميتها النسبية نحو التناقص لصالح تزايد الأهمية النسبية للسلفيات . وتراوح أسعار الفائدة على سلفيات البنوك التجارية من ٥٪ إلى ٩٪ وتخضع في تحديد لها إلى اعتبارات عدة منها سعة المقرض ومركزه المالي وحجم السلفة ومدتها ونوع الضمان الذي تمنح مقابله .

وفي العادة لا تمنح البنوك اللبنانية ائتماناً طويل الأجل ، غير أن الائتمان قصير الأجل قد يتحول في بعض الأحيان إلى ائتمان متوسط الأجل عن طريق تجديد القرض .

٣ - مخففة الأوراق المالية : تمثل أقل استخدامات البنوك التجارية شأناً من حيث حجمها ونسبتها . ويعكس هذا الوضع إعراض البنوك اللبنانية عن الائتمان طويل الأجل وعدم إقبالها على الاحتفاظ بسندات الحكومة اللبنانية رغم ضآلة ما تصدره هذه الحكومة منها ، غير أنها تحتفظ ببعض سندات الحكومات الأجنبية . ولكن إذا أضفنا إلى الاستثمارات المالية للبنوك استثماراتها في المباني ترتفع نسبة ما تستخدمه البنوك التجارية من مواردها في استثمارات طويلة الأجل بصورة محسوسة ، غير أن الحقيقة تظل قائمة وموثداً أن البنوك التجارية اللبنانية تضع نسبة صئيلة من مواردها في استثمارات طويلة الأجل .

ثانياً : النظام النقدي والصرفية المركزية .

١ - معة عن تطور النظام النقدي اللبناني :

بعد زوال العهد التركي وخضوع سوريا ولبنان للانتداب الفرنسي تأسست شركة فرنسية عام ١٩٢٠ باسم البنك السوري . وقد منح هذا المصرف حق اصدار العملة السورية . وفي عام ١٩٢٤ عقدت اتفاقية تقور بمقتضاها توسيع نطاق نشاط مصرف سوريا بمنحه حق اصدار العملة القانونية في لبنان أيضاً ، ومن ثم أصبح يطلق عليه مصرف سوريا ولبنان الكبير . وكانت مدة الامتياز التي حصل عليها مصرف سوريا ولبنان لاصدار أوراق النقد ١٥ عاماً ابتداءً من أول ابريل ١٩٢٤ (١) . وقد تقور آنذاك طبع سلسلتين من الليرة على أساس معدل صرف ثابت بين الليرة والفرنك الفرنسي . كما حدد الاتفاق الحد الأقصى لاصدار النقد المتداول بخمسة وعشرين مليون ليرة . وبالرغم من اصدار مجموعتين من الليرة أحدها لسوريا والأخرى للبنان إلا أن كلاهما تمتعت بنفس القوة الأبرائية في الاقليمين . وقد نص قانون عام ١٩٢٤ على ألا يقل الذهب أو السندات الحكومية القابلة للدفع بالذهب التي يحتفظ بها البنك عن ٤٥٪ من قيمة الغطاء وعلى أن تتكون النسبة الباقية من الغطاء من سندات الحكومة الفرنسية قصيرة الأجل ومن كيبالات . وحيث أن بنك سوريا ولبنان كان يمارس نشاطاً مصرفياً تجارياً إلى جانب قيامه بوظيفة الاصدار فلقد كان بالبنك قسمان متخصصان أحدهما للاصدار والآخر للعمليات المصرفية . وعلى ذلك يكون هذا البنك قد شابه البنك الأهلي المصري عند انشائه عام ١٨٩٨ كبنك اصدار وبنك تجاري في آن واحد يتولى نشاطه قسمان أحدهما للاصدار والآخر للعمليات المصرفية .

وبالتأمل في نظام الاصدار الذي وضعه قانون عام ١٩٢٤ نرى أنه أتمم بالجمود من ناحيتين : الأولى نصه على حد أقصى للحمج الاصدار مع ضرورة الاحتفاظ بذهب أو بسندات قابلة للدفع بالذهب . لا يقل

(١) أنظر د. غزاد مرسى ، المرجع سالف الذكر صفحات ١٦ - ١٧ .

عن ٤٥٪ من القيمة الكلية لغطاء الاصدار . ولم يكن هناك سبب واضح لجمود نظام الاصدار سوى الخوف من احتمال افراط بنك سوريا ولبنان في الاصدار :

ولقد كان مقررأ أن ينتهى امتياز بنك سوريا ولبنان للاصدار فى عام ١٩٣٩ ، غير أنه فى عام ١٩٣٧ تم الاتفاق على تجديد امتياز البنك فى الاصدار لمدة ٢٥ عاماً أخرى تبدأ من عام ١٩٣٩ . وطبقاً لاتفاقية تجديد امتياز الاصدار تقرر فصل الليرة اللبنانية من الليرة السورية وجعل نظام الاصدار مرناً بالمقارنة مع النظام السابق وذلك بالغاء الحد الأقصى للاصدار وتوطيد علاقة الليرة بالفرنك الفرنسى بدلا من الذهب ، فنص على ألا يقل عنصر الذهب فى الغطاء عن ١٠٪ أما باقى عناصر الغطاء فتتكون بصفة أساسية من فرككات فرنسية وسندات الحكومة الفرنسية وودائع لدلى خزائنها . وهنا نذكر التشابه بين هذا النظام وبين نظام الاصدار فى مصر عندما كانت تسير على نظام الصرف بالاسترلينى وما ترقب عليه من تراكم الأرصدة الفرنسية والأرصدة الاسترلينية لكل من لبنان ومصر على التوالى ، وما يعنى هذا من تمكين دول غنية كفرنسا والمملكة المتحدة من الاقتراض بسهولة من دول فقيرة نسبياً كـلبنان ومصر .

ولقد تعرضت الليرة اللبنانية خلال فترة إارتباطها بالفرنك الفرنسى لانتكبات الكبيرة التى خضع لها الفرنك والتدهور الكبير الذى طرأ على قيمته فلقد قدر الدكتور الياق أن الليرة اللبنانية فقدت ٧٠٪ من قيمتها النولارية خلال الفترة من ١٩٢٠ إلى ١٩٤٠ كنتيجة لارتباطها بالفرنك الذى انخفضت قيمته بالنسبة للدولار خلال نفس الفترة (١) .

وعلى ضوء تجربة العلاقة غير المرضية بين الليرة والفرنك خلال فترة ارتباطهما بدأ واضحاً وضرورياً أن تفصم العلاقة بينهما بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية . وقد تم الفصل بينهما بقانون صدر عام ١٩٤٩ ألغى بمقتضاه قانون عام ١٩٣٧ . ولتحقيق الفصل بين الليرة والفرنك تقرر ألا يقل

(١) أنظر د. صيل المرجع سالف الذكر ص ١٦٦ .

الذهب أو العملات الأجنبية القابلة للتحويل إلى ذهب عن ٥٠٪ من قيمة غطاء النقد المصدر . أما باقي عناصر الغطاء فيمكن أن تتكون من سندات حكومية وأوراق تجارية . ومنذ عام ١٩٤٩ تابع بنك الاصدار زيادة مشرياته من الذهب حتى بلغت نسبته من غطاء النقد المصدر ٩٢,٢٪ في ديسمبر سنة ١٩٦١ (١) ، وذلك تدخلاً لقيمة الليرة وتشجيعاً على تدفق رؤوس الأموال الأجنبية على سوق النقد اللبنانية :

مصرف لبنان (بنك لبنان المركزي) :

لقد استعرضنا فيما سبق باختصار تطور النظام النقدي في لبنان وأشرنا إلى بنك سوريا ولبنان بصفته بنكاً للاصدار . ولقد تولى هذا البنك وظيفة الاصدار حتى نهاية امتيازته في ابريل عام ١٩٦٤ . ولم تجدد الحكومة اللبنانية امتياز بنك سوريا ولبنان للاصدار بل أنشأت بنكاً مركزياً تمتلك الدولة رأسماله بالكامل ليتولى وظيفة الاصدار وغيرها من وظائف البنوك المركزية ابتداء من أول ابريل عام ١٩٦٤ .

ولقد قام بنك سوريا ولبنان إلى جانب قيامه بوظيفة الاصدار ببعض من وظائف البنوك المركزية التقليدية حيث كانت الخزنة العامة تودع أرصدها لديه مقابل فوائد تتمشى معدلاتها مع معدلات الفائدة التي يدفعها بنك فرنسا ، كما كان يقدم قروضاً للمجالس البلدية وغيرها من الهيئات العامة وشبه العامة ، كما كان يخدم الدين العام محتفظاً لديه دون غيره بذلك القدر الضئيل من سندات الحكومة اللبنانية ، هذا بالإضافة إلى تواضع البنوك الأخرى على أن تودع لديه جانباً من أرصدها لأغراض المقاصة ، كما كانت تلجأ اليه في الحصول على ائتمان لمقابلة العجز المؤقت في سيولتها باعادة خصم بعض أوراقها التجارية ، كما كان يفتح لها اعتمادات على المكشوف بنون ضمان عيني ، كذلك كان يقدم للبنوك خدمة مصرفية متمثلة في قيامه كمرکز لتجميع الاخطار المصرفية منذ عام ١٩٥٣ حماية لها

(١) د. عميل المرجع سالف الذكر ص ١٩٦٧ .

من العملاء غير الطيبين ، والجدير بالذكر أن عضوية البنوك لهذا المركز أصبحت إجبارية منذ عام ١٩٦٢ .

وعند تقييمنا لدور بنك سوريا ولبنان في الصيرفة المركزية يتعين بناء هذا التقييم على أنه لم يكن بنكاً مركزياً بالمعنى المحدد والشامل لهذا اللفظ بل على أساس كونه بنكاً تجارياً يمارس وظيفة الاصدار فعلى ذلك لم يكن متوقفاً منه طبقاً لقانونه الأساسى أن يمارس دوره في رقابة الائتمان المصرفي بل كان متوقفاً إذا حاول هذه الوظيفة أن يجد نفسه في مركز تتعارض فيه مصلحته الخاصة بكنك تجارى مع خدمة المصلحة الاقتصادية العامة .

ثم نعود إلى بنك لبنان المركزى الذى تولى مهامه - كما أسلفنا - في أول ابريل عام ١٩٦٤ . فلقد انشئ هذا البنك بمقتضى قانون النقد والتسليف الصادر في أغسطس عام ١٩٦٣ (١) . وبدراسة هذا القانون تبين أهدافه ومهامه العامة وكيفية ادارته وطبيعة علاقته بالحكومة ودوره في مراقبة الائتمان المصرفى . وسوف نتعرض لجوهر هذه النقاط فيما يلى :

١ - **فيالنسبة لأهدافه ومهامه العامة:** نجد أنها تتمثل في حماية قيمة العملة تحقيقاً للتقدم الاقتصادى والاجتماعى للدولة . ويتصل بتحقيق هدف حماية قيمة العملة مراعاة البنك عدم انخفاض نسبة الذهب في الغطاء عن ٥٠٪ من قيمة النقد المصدر (٢) ، وكذلك قيامه بعمليات البيع والشراء في أسواق الذهب والعملات الأجنبية وتعاون مع البنوك المركزية الأجنبية .

٢ - **وبالنسبة لكيفية ادارته :** نص القانون على أن يتولى ادارة البنك محافظ يعاونه ثلاث نواب ، ويرأس المحافظ ما يسمى «بالمجلس المركزى»

(١) أنظر " قانون النقد والتسليف " الجريدة الرسمية : العددان رقم ٦٢ و ٧١ بتاريخ آب و١٩٦٣ - لبنان .

(٢) تنص المادة ٦٩ من قانون التسليف حل المصرف أن يبقى في موجوداته أموالاً من الذهب ومن العملات الأجنبية التي يمكن تحويلها إلى ذهب توازى ٣٠ ٪ على الأقل من قيمة النقد الذى أصدره وقيمة ودائمه تحت الطلب وعلى ألا تقل نسبة الذهب والعملات المذكورة عن ٥٠ ٪ من قيمة النقد المصدر .

والذي يستعين بلجنة استشارية : وتعين الحكومة المحافظ بناء على اقتراح وزير المالية لمدة ست سنوات ، أما نواب المحافظ فتعينهم الحكومة بناءً على اقتراح وزير المالية لمدة خمس سنوات فقط ، ووظائف كل من المحافظ ونوابه قابلة للتجديد ، وعليهم أن يتنازلوا عن جميع وظائفهم الأخرى أثناء توليهم مهام منصبهم بالبنك . أما المجلس المركزي فيتكون - كما أسلفنا - من المحافظ رئيساً وعضوية اثنين من نواب المحافظ ومديري العموم بوزارات الاقتصاد والمالية . أما اللجنة الاستشارية التي أسلفنا ذكرها فتتكون من ست أعضاء أربعة منهم يمثلون قطاعات المصارف والتجارة والصناعة والزراعة ويمثل عن مجلس التخطيط وأستاذ للاقتصاد . وتعاون هذه اللجنة المجلس المركزي لمصرف لبنان في اتخاذ قراراته ، كما تقدم تقاريرها إلى المحافظ عندما يطلب منها ذلك .

٣ - وبالنسبة لعلاقة البنك بالحكومة : فبصفة بنك الحكومة نودع لديه دون غيره الأموال العامة ، كما يتعين عليه خدمة الدين العام ومساعدة الدولة في اصدار سنداتهما . أما بالنسبة لمسألة تقديمه قروضاً للحكومة ، فقد نص القانون على أنه كبدأ لا يمنح البنك قروضاً للحكومة ، ولكن عليه أن يقدم تسهيلات ائتمانية لمقابلة العجز المؤقت في مواردها على أن ترد اليه بعد ثلاثة شهور من تقديمها والا تزيد عن ١٠٪ من متوسط إيرادات الدولة خلال السنوات الثلاث السابقة على تقديم هذه التسهيلات الائتمانية . غير أن القانون نص على أنه في ظروف استثنائية أو في حالات الضرورة القصوى ، وبعد أن يتضح عدم وجود مصادر بديلة للاقراض يتعين على البنك أن يقدم قروضاً للحكومة والمؤسسات العامة بمعدلات الفوائد السائدة في السوق ويمكن أن ترد خلال عشر سنوات . ويتعين على البنك المركزي أيضاً أن يقدم المشورة للحكومة ، ويتدخل بناءً على تعليمات وزير المالية في أسواق الذهب والصرف الأجنبي بغرض تحقيق الاستقرار فيها .

وتجدر الإشارة إلى أن أهم ما يلفت النظر هنا تلك المحافظة الشديدة التي تحكم مسألة اقراض البنك للحكومة والتي يمكن أن تفسر بعدم اطمئنان

البنك إلى رشد الحكومة في تصرفاتها الاقتصادية واقتراض استمرار سلبية الدولة في المجال التنموي :

٤ - أما بالنسبة لعلاقة البنك المركزي بالبنوك :

من دراسة قانون النقد والتسليف يمكن أن نتبين دور مصرف لبنان كبنك للبنوك في ما نص عليه القانون من ضرورة احتفاظ البنوك التجارية لديه بأرصدة نقدية تمثل نسباً معينة من قيمة ما تحتفظ به من ودائع لا تزيد عن ٢٥٪ و ١٥٪ من الالتزامات تحت الطلب والالتزامات لأجل على التوالي ، وفي ضرورة تقديم البنوك التجارية إلى البنك المركزي تقارير شهرية عن مراكزها المالية . ويتعين على مصرف لبنان عدم منافسته للبنوك بالامتناع عن التعامل مع القطاع الخاص وعليه كبنك مركزي أن يقوم بدور الملجأ الأخير للاقتراض للبنوك التجارية وذلك بقبوله إعادة خصم أوراقها التجارية بشروط معينة كأن تحمل الورقة المعروضة لإعادة الخصم ثلاث توقيعات والا تتجاوز مدتها ٩٠ يوماً ، كما سمح القانون للبنك المركزي بأن يقدم للبنوك تسهيلات ائتمانية مقابل إعادة خصم أوراق تجارية معينة تتمتع البنوك بإعادة شرائها بعد مدة قصيرة يتفق عليها ، أو تقدم هذه التسهيلات بضمان أوراق تجارية أو مالية ، أو ذهب ، أو عملات أجنبية ومرة ثانية نلمس الموقف المحافظ الذي يحكم علاقة البنك بالحكومة في نص القانون على وضع حد أقصى لما يمكن أن يقدمه البنك المركزي للبنوك التجارية من ائتمان بضمان الأوراق المالية العامة ، فلقد نص القانون على ألا تتجاوز قيمة محتفظات البنك من الأوراق المالية العامة التي تؤول إليه كنتيجة لإعادة خصمها أو قبولها كضمان قيمة رأسماله واحتياطياته والا تتجاوز مدة استحقاق هذه الأوراق ٩٠ يوماً ،

٥ - وبالنسبة للمدور الرأسمالي للبنك المركزي : ونستخلص هنا

من قانون النقد والتسليف المعالم الرئيسية المحددة لحال هذا الدور الهام للبنك المركزي : فنشير أولاً إلى هذا الدور بالنسبة للنشاط المصرفي عموماً ويمثل في مراقبة ما يتعين مراعاته عند انشاء بنوك تجارية جديدة وخلال ممارسة

نشاطها ثم التفتيش على هذا النشاط . ونذكر في هذا الصدد أنه لم يعد انشاء بنوك تجارية جديدة أمراً طليقاً كما كانت عليه الحال في الماضي . فأصبح من الضروري الحصول على موافقة البنك المركزي عند انشاء مصرف جديد وعلى ألا يقل الحد الأدنى لرأسماله عن ثلاثة ملايين ليرة ، كما لم يعد مسموحاً للبنوك التجارية القيام بأي نشاط غير النشاط المصرفي وعدم الاشتراك في رأس مال أى مشروع غير ما تستثمره في العقارات التي لا يجوز أن تتجاوز قيمة استثماراته فيها ٧٥٪ من موارده الذاتية . وكذلك لم يعد مصرحاً للبنوك أن تمنح قروضاً لأعضاء مجالس إدارتها أو موظفيها أو أقاربهم بدون موافقة جمعياتها العمومية على مثل هذه القروض كما أُلزم القانون ضرورة تبليغ البنوك « مركز تجميع الاخطار المصرفية » لدى البنك المركزي عن جميع القروض التي تعقدتها . كما نبه إلى عدم منح قروض قبل القيام بدراسة دقيقة ومتصلة عن المراكز المالية للمقرضين .

ولقد أخضع قانون النقد والتسليف نشاط البنوك إلى نوع من التفتيش من جانب البنك المركزي ولكن دون الاختلال بفاعلية وقانون سرية الصيرفة ذات الأهمية الكبرى في اجتذاب الودائع الأجنبية إلى البنوك اللبنانية . ولتحقيق ذلك أصبح على البنوك أن تقدم البيانات المصرفية التي تطلب منها إلى إدارة مختصة بالبنك المركزي ترتبط مباشرة بالمحافظ ، وعلى ألا يطلب مفتشو البنك المركزي - تحت أى ظرف من الظروف - بيانات تفصيلية عن الجلسات الدائنة بالبنك ولا يتصلون إلا بمديره .

ثم نشر ثانياً إلى دور البنك المركزي في رقابة الائتمان المصرفي ، ويمكن تبين طبيعته وأساليبه من دراسة أهم ما ورد بشأنه في قانون النقد والتسليف فلقد عهد هذا القانون إلى المجلس المركزي لمصرف لبنان وضع السياسة العامة للبنك كما نص على أساليب رقابة الائتمان المصرفي والتأثير فيه كما ونوعاً وسعياً . فمن مهام هذا المجلس تحديد سعر البنك ومعدل تغيره ، وأيضاً

تحديد حجم أقصى لعمليات إعادة الخصم ، والقيام بعمليات السوق المفتوحة وتغيير نسب الاحتياطي النقدي والسيولة ، غير أن القانون لم يجعل مصرف لبنان مجبراً بمبدأ الزام على منح قروض للمصارف بل ترك أمر تقديره في ضوء ما يراه لخدمة المصلحة العامة .

ولقد كشفت أزمة بنك انترا التي هزت الجهاز المصرفي اللبناني وعرضت سمعته لبنان المالية للحرج عن عدم استقرار الجهاز المصرفي وضعف الرقابة عليه وفشل البنك المركزي في القيام بدوره ككلجاً أخير للاقراض . وكنيجة لذلك صدر تشريع عام ١٩٦٧ تذكر من أحكامه عدم منح تراخيص لإنشاء بنوك أو فروع بنوك جديدة خلال السنوات الخمس التالية ، وتقرر ضمان الودائع التي تقل عن ١٥٠٠٠ ليرة عن طريق نظام تأميني ، وإنشاء جهاز للرقابة على البنوك وتمكين الدولة من الاستيلاء على البنوك المهددة بالفشل ، والتشجيع على اندماج البنوك الصغيرة (١) ثم الأهم ، اعطاء اهتماماً كبيراً للور البنك المركزي ككلجاً أخير للاقراض . وهنا نشير إلى تزايد إيجابية دور البنك المركزي ككلجاً أخير للاقراض من ارتفاع حجم قروضه للبنوك التجارية من ١٧٦ مليون ليرة في نهاية سبتمبر ١٩٦٦ إلى ٢٤٦ مليون في يوليو ١٩٦٨ (٢)

ثالثاً : تقييم عام للنشاط المصرفي والنقدي اللبناني

ان النشاط المصرفي نشاط تابع للأنشطة الانتاجية الأخرى . وفي لبنان تنسم هذه التبعية بصفة «التلقائية» كنتيجة منطقية وعملية لسيادة فلسفة الحرية الاقتصادية في الاقتصاد اللبناني .

وبالتأمل في هيكل الاقتصاد اللبناني نجد هيكلاً مزدوجاً شأنه في ذلك شأن اقتصاديات البلاد النامية غير أن ثنائية الاقتصاد اللبناني اذاً طابع خاص . فالاقتصاد اللبناني يتكوّن في واقع الأمر من قطاعين منفصلين

(١) L'Economiste Arabe, Etude Mensuelle, Sur l'Economie
et les Finances des Pays Arabe P. 16 No. 123 Mars 1968.

(٢) أنظر بنك مصر - البثرة الاقتصادية - سائلة الذكر ص ٤٩

إلى حد كبير ، أولهما قطاع الخدمات ، ويشتمل على أنشطة التجارة والمال والسياحة والنقل وغيرها ، وثانيهما قطاع الانتاج السلى ويشتمل على كل من النشاط الزراعى والصناعى . ويهيمن القطاع الأول على الاقتصاد اللبنانى حيث يسهم بأكثر من ثلثى الدخل القومى . ويهيمن النشاط التجارى على قطاع الخدمات ومن ثم يحتل المركز الأول كمصدر للدخل القومى حيث يسهم بأكثر من ٣٠ ٪ . وفى قطاع الانتاج السلى تساهم الصناعة والزراعة بـ ١٥ ٪ ، ١٢ ٪ على التوالى (١) .

وترتيباً على هذه الخاصية المميزة لهيكل الاقتصاد اللبنانى كيف الجهاز المصرفى نشاطه حيث تخصص - كما أسلفنا - بصورة شبه كاملة فى تقديم الائتمان قصير الأجل . كذلك من نتائج هيمنة قطاع الخدمات تركيز نشاط الجهاز المصرفى فى مدينة بيروت مركز التجارة وأسواق النقد والمال والصرف الأجنبى .

وتمكس الطريقة التى تعمل بها وحدات الجهاز المصرفى اللبنانى نظام الرأسمالية الحرة التى يسير عليها لبنان ، ومن سماتها الأساسية حرية التجارة وحرية انتقال رؤوس الأموال وقيام أسواق حرة للصرف الأجنبى وقد ساعدت هذه الأوضاع مع أسباب أسلفنا ذكرها على تدفق الأرصدة الأجنبية وخاصة من البلاد العربية المنتجة للبتروى للإيداع لدى المصارف اللبنانية دون خوف من تعرف الغير على أحجامها حيث تتمتع بحماية قانون سرية الصيرفة ، ودون خوف من تجميدها أو تدهور قيمتها بسبب حرية تحويلها وقوة مركز الليرة اللبنانية التى يستند عليها غطاء ذهب قوى .

ولقد تمكن لبنان فى ظل هذه الأوضاع من ممارسة دور المركز المالى الاقليمى . وقد حقق له قيامه بهذا الدور القدرة على تمويل عجز كبير فى وارداته السلفية وتحقيق فائض مستمر فى ميران مدفوعاته . فوارداته السلفية تصل إلى حوالى خمسة أمثال صادراته السلفية ، وميله الحادى

(١) راجع بنك مصر - المرجع السابق ص ٤٥

للاستيراد يعد أعلى ميل حدى للاستيراد في العالم حيث يصل إلى حوالى ٥٠٪ (١) . ولإعطاء صورة عن مركز الميزان التجارى اللبناني وكيفية تحويله نشير إلى أن العجز في الميزان التجارى اللبناني مضافاً إليه تجارة الذهب غير النقدي بلغ ١١٤٩ مليون ليرة عام ١٩٦٦ مول فائض الصادرات غير المنظورة (الخدمات منه ٨٠٥ مليون ليرة ، وتم تغطية العجز الباقي ومقداره ٣٠٤ مليون ليرة بالمبيعات (تحويلات اللبنانيين المهاجرين) ومقدارها ٦٩ مليون ليرة والباقي وقدره ٢٧٥ مليون ليرة تمت تغطيته من فائض ميزان المعاملات الرأسمالية الذى بلغ ٣٥٥ مليون ليرة (٢) .

ان استمرار قدره بيروت على القيام بدور المركز المالى الاقليمى يعتمد على استمرار تدفق رؤوس الأموال قصيرة الأجل عليها . وهذا يتوقف في نهاية التحليل على استمرار الثقة في الاقتصاد اللبناني بوجه عام والثقة في الجهاز المصرفى بوجه خاص ، وأيضاً على عدم الرغبة من جانب أصحاب رؤوس الأموال في التحول إلى مراكز مالية بديلة .

ان المحافظة على استمرار قيام بيروت بدور المركز المالى الاقليمى يعنى المحافظة على استمرار اعتماد الاقتصاد اللبناني على استمرار تدفق رؤوس الأموال قصيرة الأجل ، غير أن هذا ينطوى على تناقض موروث وموّداه أن استمرار زيادة تدفق الودائع المصرفية على لبنان يؤدى إلى زيادة الطلب على الليرة اللبنانية وبالتالي إلى ارتفاع قيمتها الخارجية ، واستمرار ارتفاع قيمتها يجعلها «عملة صعبة» الأمر الذى قد يقف عقبة أمام استمرار تدفق رؤوس الأموال الأجنبية على بيروت ، ومن ثم يقتضى الأمر تخفيف صعوبة الليرة بزيادة عرضها ، أى بزيادة الاستيراد الذى يعنى زيادة العجز في الميزان التجارى (٣) .

(١) أنظر د. عصام حاشور - محاضرات عن النقد والائتمان في البلاد العربية ، ص ٢١٥ معهد الدراسات العربية المالية ، عام ١٩٦٣ .

(٢) أنظر جدول ميزان المدفوعات اللبناني - الوارد بنشرة بنك مصر سائلة الذكر ص ٤٦

(٣) أنظر د. سازم البيلالى - لبنان والتجارة الاقتصادية ص ١٨٢ - مجلة مصر المعاصرة

أكتوبر ١٩٦٧

ونضيف أيضاً أن الاعتماد الكبير على رؤوس الأموال الأجنبية قصيرة الأجل مع مزاياه الواضحة ينطوى على عنصر عدم استقرار بالنسبة للجهاز المصرفي اللبناني ، وذلك في حالة اهتزاز ثقة المودعين الأجانب أو تفضيلهم لمراكز مالية أخرى . فالسحب المفاجيء لكميات كبيرة من الأرصدة الأجنبية يمكن أن يضع الجهاز المصرفي اللبناني في أزمة سيولة ، ومسألة انهيار بنك اثرا تعد دليلاً على ذلك .

لقد أشرنا - في موضع سابق - إلى ظاهرة الاعتماد الكبير المتبادل للبنوك اللبنانية المتمثلة في ضخامة الودائع المصرفية من وطنية وأجنبية وقد أشرنا إلى أن هذه الخاصية وأن كانت تمثل ملجأً للاقراض إلا أنها تنطوى في نفس الوقت على عنصر عدم استقرار . أن هذا الوضع يتيح مصدرًا مرناً لأقراض كل بنك على حدة إلا أنه يشكل عدم استقرار وتبديلاً لسيولة البنوك التجارية مجتمعة حيث يسهل انتشار أزمة السيولة من جزء إلى بقية أجزاء الجهاز المصرفي كنتيجة للاعتماد المتبادل الكبير بين البنوك .

وفي الختام نذكر أنه مما سبق عرضه ومناقشته على الصفحات القليلة السابقة يمكن استنتاج بعض التوصيات العامة التي تستهدف تحقيق الاستقرار وتدعيمه في المجال المصرفي والنقدي في لبنان . ونوردها فيما يلي :

١ - ضرورة تقوية الجهاز المصرفي تدعيمًا للثقة فيه بتقوية الرقابة عليه وقيام البنك المركزي بدور فعال كملجأ أخير للاقراض حماية للمركز العام لسيولة البنوك ، مع قيامه بدور فعال في رقابة الائتمان المصرفي حجماً ونوعاً وسعراً مساهمة في تحقيق الاستقرار في قيمة العملة .

٢ - العمل على تخفيف السيطرة النسبية الكبيرة - في المدة الطويلة - لقطاع الخدمات على الاقتصاد القوي . ويكون ذلك بإعطاء اهتماماً أكبر بتنمية قطاع الانتاج السلي من زراعي وصناعي ، وذلك بتشجيع الاستثمار الوطني والأجنبي في هذه المجالات مع حفز أصحاب رؤوس الأموال

الأجنبية قصيرة الأجل على وضعها في استثمارات طويلة الأجل : . ويلقى الاهتمام بالتنمية الزراعية والصناعية مسئولية على كل من الحكومة والجهاز المصرفي : . فبالنسبة لمسئولية الحكومة يعنى ترايد اهتمامها بالانفاق الاستثمارى العام الأمر الذى قد يقتضيها تدبير موارد تمويلية طويلة الأجل قد تلجأ معها إلى إصدار سندات يتعين على البنوك التجارية الاقبال على شرائها والاحتفاظ بها . كما سوف يلقي زيادة الاهتمام بالتنمية مسئولية على البنوك التجارية وعلى رأسها البنك المركزى نحو زيادة الاهتمام بالتمويل الزراعى والصناعى المتوسط والطويل الأجل أما مباشرة أو بطريق غير مباشر :

الدكتور جمال العيدوي

أستاذ القانون المدنى المساعد

بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

القانون

و

الاجتماع الانساني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

١ - إذا نظرنا إلى أى اجتماع انساني ، على أى مستوى من مستوياته ، وجدنا ظاهرة عامة بارزة هي ظاهرة الضبط الاجتماعي (١) . هذه الظاهرة التي نلمسها في ذلك الضبط أو التأثير الذي يقع على أفراد ووحدات الاجتماع الانساني تجنباً للفوضى وتحقيقاً للنظام (٢) . ولهذا يعد الضبط الاجتماعي وسيلة لغاية .

أما الوسيلة فهي الضبط أو التأثير الذي ينتهي برد فعل اجتماعي يتدرج من السخرية والاحتقار والاشمئزاز إلى القطيعة والتجنب والنبد ، ثم إلى انزال الضرر بالمخالف وايداعه ،

(١) أنظر ، في الضبط الاجتماعي ، حسن الساماني - علم الاجتماع القانوني ط ٣ . مصطلح انضباط - علم الاجتماع ج ٢ ص ٢٩٣ . عاطف غيث - علم الاجتماع ص ٣٩٩ .

Encyclopaedia of social sciences vol. 13 p. 531. J.S. Rouerk - Social control N. Y. 1947. E. Ross - Social control N. Y. 1901.

(٢) يعرف بوند الضبط الاجتماعي بأنه «الضغط الذي يتحمله كل فرد من تلقاء زملاته لحمله على أداء نصيبه نحو المجتمع المتدين ، ولردعه عن السلوك غير الاجتماعي أو السلوك الذي لا يتفق وقواعد النظام في المجتمع»

Pound - Social control through Law, N. Y. 1942 p. 17-18.

ويعرف جيفرنتش الضبط الاجتماعي بأنه «مجموع النماذج الثقافية والرموز الجمية والمعاني الروحية المشتركة والقيم والأفكار والمثل ، وكذلك الأنماط والعمليات المتصلة بها مباشرة ، والتي يستطيع بها المجتمع والمجموعة وكل فرد أن يقضي على الصراع والفوضى الحادتين في داخله عن طريق انزاع موثقت وأن يتخذ خطوات نحو جهود مبتكرة ذات آثار ضالة

Gurvitch - Social control in Twentieth Century Sociology N. Y. 1945 p. 291.

وأما الغاية فهي حماية الاجتماع الانساني من الانحرافات التي تهدده ،
واقامة النظام الذي يتوقف عليه قيام ذلك الاجتماع الانساني وتقدمه .

٢ - والضوابط الاجتماعية التي تقوم بذلك متعددة ، منها الدين ،
ومنها الأخلاق ، ومنها الفن ، ومنها المعرفة ، ومنها التربية ، ومنها القانون (١) ؛
وإذا كان لكل من هذه الضوابط الاجتماعية دوره الذي لا يقوم به سواه ،
فإن القانون يعد أهمها ، لا يادعاء فقهاء القانون ، وإنما باقرار علماء
الاجتماع . فهذا عالم الاجتماع «رس» يقر بأن القانون هو حجر الزاوية
في صرح النظام وآلة الضبط المتقنة التكوين ، ويضيف إلى ذلك أنه من
المشكوك فيه أن يظهر أى تعديل في المستقبل من شأنه أن يضعف ما للقانون
من السلطة على سائر وسائل الضبط الاجتماعى الأخرى (٢) .

٣ - وإذا ما تساءلنا ، لماذا يعد القانون (٣) أهم الضوابط الاجتماعية ،
وجدنا أن ذلك يرجع إلى عاملين :

أما العامل الأول ، فهو أن القانون يتميز عن غيره من الضوابط
الاجتماعية بأنه ، ليس مجرد مجموعة من القواعد التي تحكم سلوك الأفراد ،

(١) أنظر في ذلك ، جيرفتس - المرجع السابق . ويضيف «رس» في مؤلفه السابق الإشارة إليه
ص ٨٩ ضوابطاً أخرى هي الرأى العام والمعتقدات والايحاء والعرف والمثل العليا والشعائر
والتورم والقيم . ويرى الدكتور حسن الساعاتى في مؤلفه السابق الإشارة إليه ص ٣٦ إمكان
اختصار الضوابط الاجتماعية إلى ست رئيسية هي التربية الرأى العام والعرف والقانون والدين
والتيم الاجتماعية .

(٢) أنظر ، رس - مبادئ علم الاجتماع ، نيويورك ١٩١٢ .

(٣) القانون لغة كرامة غير عربية مشتقة من الرومية وقيل من الفارسية ، ومعناها مقياس كل
شئ وطريقه ، أو الأصل . أنظر المعجم الوسيط لجميع اللغة العربيه ج ص ٧٦٩ . وأنظر أيضاً ،

Oxford Dictionary - Canon.

وانما هو نظام (١) هيكلى شامل يؤلف بين مجموعات متعددة من القواعد تشكل تنظيمات متكاملة تعد اجزاء من كل يربط بينها ويحقق اتساقها ويحدد وظائفها ويكفل تطبيقها (٢) . ومن حيث أن القانون ، دون سواء من الضوابط الاجتماعية ، يعد نظاماً هيكلياً شاملاً ، فان القانون يكون أقدر الضوابط الاجتماعية على حكم المجتمع الشامل ، الذى يعد أعلى مستويات الاجتماع الانسانى ، والذى من سماته أنه بنيان هيكلى شامل :

وأما العامل الثانى ، فهو أن القانون يتميز عن غيره من الضوابط الاجتماعية بقيام اعتقاد جماعى بوجوب الاجبار على تطبيق ما ينتمى اليه من تنظيمات وقواعد (٣) ، فاذا كان الجزء المادى الذى توقعه سلطة عامة ليس جوهر القانون (٤) ، على تقيض ما يقول به جانب كبير من

(١) النظام لنة الترتيب والإتساق . ويقال نظام الأمر : قوامه ومصادره . والنظام الطريقة ، يقال مازال على نظام واحد . ونظم الأشياء : ألفها وهم بعضها إلى بعض . أنظر المعجم الوسيط لجمع اللفظة العربية ج ٢ ص ٩٤٠ .

(٢) يجرى النظر إلى القانون على أنه مجموعة من القواعد ذات خصائص معينة . وهذا النظر لا يحيط بحقيقة القانون . ذلك أن القواعد القانونية هي جزيئات تتكون منها تنظيمات متكاملة يتألف منها النظام القانونى الكلى . ومن المحقق أن ماهية الكلى تتجاوز ماهية الأجزاء التى يفسمها .

(٣) أنظر فى ذلك ، R. Capitant - L'illi- وقارن ، Gémy - Science et technique, T. I. p. 47 . وهذا النظر لا يمتد بوجوب الاجبار على تطبيقها كقواعد القانون الدولى العام . وهذا الاعتراض مردود بأنه لم يعد من الممكن انكار قيام اعتقاد جماعى دولى بوجوب الاجبار على تطبيق قواعد القانون الدولى ، وأن كان لا يجرى فعلا على تطبيق هذه القواعد لعدم وجود سلطة عليا تكفل تطبيقها . والاعتراض الثانى ، أن ثمة قواعد خلقية أو دينية يمكن أن يوضع العنف فى خدمتها فيجبر على تطبيقها . وهذا الاعتراض بدوره مردود بأنه حيث يسود الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيق قاعدته دينية فأنها تتحول إلى قاعدة قانونية .

(٤) Haesert - Théorie générale du droit p. 93-101. R. Capitant - L'illi- p. 116-118. Du Pasquier - Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit 3e éd. no. 262. Marty et Raynaud T. I. no. 34.

وأنظر أيضاً ، أحمد سلامة - دروس فى المدخل لدراسة القانون ١٩٦٥ ص ٣٥ - ٣٦ .

الفقه (١) ، وبديل وجود قواعد قانونية يعوزها مثل هذا الجزء (٢) ، فإن القانون يعد مع ذلك أقوى وأكثر فاعلية من سواء من الضوابط الاجتماعية ، وذلك بفضل ما يتميز به من قيام اعتقاد جماعي بوجود الاجبار على تطبيقه. فمجرد قيام هذا الاعتقاد يجعل القانون أكثر ضغطاً وتأثيراً من سواء من الضوابط الاجتماعية .

٤ - وإذا كان علماء الاجتماع قد عنوا بدراسة القانون دراسة اجتماعية حتى أنهم جعلوا علم الاجتماع القانوني من فروع علم الاجتماع ، فإن من حق وواجب فقهاء القانون أن يعنوا بدراسة الاجتماع الانساني من جوانبه القانونية . ذلك أن الاجتماع الانساني هو موضوع القانون . وموضوع القانون جدير بأن يدرس من زاوية القانون ، فللاجماع الانساني انعكاساته على القانون الذي يجمع بين أنه يتولد عن هذا الاجتماع ويحكمه . وكما

Roubier - Théorie générale du droit 2e. éd. no. 5 p. 32. Dabin - Théorie (١) générale du droit 2e. éd. no. 26-32. Del Vecchio - Philosophie du droit p. 295-301.

وأنظر أيضاً : حسن كبير - أصول القانون ف ١٨ ص ٥٠ - ٥٣ . عبد المنعم البدر - المدخل للعلوم القانونية ف ٩ ص ٢٢ - ٢٣ . شمس الدين الوكيل - المدخل لدراسة القانون ص ١٨ - ١٩ . عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية القانون ط ٥ ف ٤ ص ١ . عبد الحى حجازي - المدخل لدراسة القانون ف ٩ ص ٧٢ . توفيق فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ١٨ .

(٢) من ذلك قواعد القانون الدولي العام والقانون الدستوري . فلا يسمنا أن نسلم بما يراه البعض (دابان - المرجع السابق ف ٣٨ - ٣٩ ، ديلفيكيو - المرجع السابق ص ٣٠٠) من أن قواعد القانون الدولي لا تزال تفتقد الصفة القانونية الكاملة . ذلك أن الصفة القانونية إما أن تتوفر أو لا تتوفر ولا يمكن أن تكون غير كاملة . كذلك لا يسمنا أن نسلم بما يراه البعض (دروبييه - المرجع السابق ف ٥ ص ٤٠ ، حسن كبير - المرجع السابق ص ٥١ - ٥٢ ، هيد الباقي - المرجع السابق ص ٣٩) من أن القانون الدستوري يتوافر له جزء خاص يتلائم مع طبيعته هو الموازنة بين السلطات والرقابة الشعبية . فالواقع أن تلك الموازنة والرقابة لا تمد جزءاً حقيقياً . يضاف إلى ذلك أن تلك الرقابة تفتقر من قيام اعتقاد جماعي بوجود الاجبار على تطبيق قواعد القانون الدستوري . وهذا الاعتقاد هو الذي ترجع اليه في الحقيقة الصفة القانونية لقواعد القانون الدستوري .

من مشكلة قانونية ، وكم من خلاف فقهي ، يمكن أن نصل بنا دراسة
الاجتماع الانساني إلى الفصل فيه .

فدراسة ظاهرة الاجتماع الانساني تمدنا بما يمكننا من الفصل في تلك
الدعوى الخطيرة التي أقامها من قبل المذهب الفوضوي وجدها من بعد
المذهب الشيوعي مختصمين فيها القانون ذاته ومطالبين بالحكم عليه بأن
مصيره الفناء لما يبشرون به من أن المجتمع سيتطور ليصبح أو ليعود
مجتمعا بلا قانون .

ودراسة مستويات الاجتماع الانساني تمدنا بما يمكننا من حسم الخلاف
القائم حول موضع الجماعات في النظام القانوني ، وموقف هذا النظام
من الفرد والمجتمع . فتتبع تطور دور الجماعات في الاجتماع الانساني يلقي
الضوء على تحول النظام القانوني من الاعتراف إلى عدم الاعتراف إلى
الاعتراف بالجماعات كخليفة قانونية يمكن أن تكون مصدرا لقواعد قانونية . وتحديد
علاقة الفرد بالمجتمع يبرز الموقف الذي ينبغي أن يقفه القانون منها ، وبحسم
الخلاف بين المذهب الفردي والمذهب الجماعي ، إذ يكشف عن أن
النزاع ، ليس في الحقيقة بين الفرد والمجتمع ، وإنما بين الوحدات الاجتماعية
التي ينتمي إليها الأفراد .

وهذا ما دفعنا إلى أن نتصدى لدراسة الاجتماع الانساني من زاوية
القانون ، وفي حدود كونه الموضوع الذي يحكمه النظام القانوني . وفي
تصديتنا لذلك سوف نبدأ بدراسة ظاهرة الاجتماع الانساني ، ثم نعرض
لمستويات هذا الاجتماع المتدرجة لما لهذه المستويات من انعكاسات قانونية ،
ولهذا نقسم هذه الدراسة إلى فصلين :

الفصل الأول : نعرض فيه لظاهرة الاجتماع الانساني .

والفصل الثاني ، نعرض فيه لمستويات الاجتماع الانساني .

الفضيلة الأولى

ظاهرة الاجتماع الانساني

٥ - الاجتماع الانساني ظاهرة لا بد وأن تكون صاحبت بصورة من الصور حياة الانسان الدينيوية ، وهذا ما تؤيده الأديان ، إذ تصور آدم أبا البشرية وقد عاش في العالم الديني هو وزوجته وأولاده (١) .

وإذا كان يمكن الجدل حول الصورة الأولى للاجتماع الانساني : هل هي الأسرة أو العشيرة أو غير ذلك (٢) ، كما يمكن التشكك فيما إذا كانت قد قامت مجتمعات بالمعنى الدقيق في العصور البدائية أو عصور ما قبل التاريخ لما يتطلبه قيام المجتمع بالمعنى الدقيق من بلوغ درجة معينة من التقدم . فانه لا يمكن الجدل أو التشكك في أنه في مختلف عصور الحياة الانسانية قام اجتماع انساني على صورة من الصور أيا ما كانت درجة بدايتها وتأخرها .

وحتى في العصور المتقدمة نجد أن ظاهرة الاجتماع الانساني أعم وثبتت من ظاهرة المجتمع ، لأن الاجتماع الانساني يضم كافة أشكال الحياة الاجتماعية ، ولأن المجتمع كما سوف نرى يعد أحد مستويات ذلك الاجتماع وإذا رجعنا إلى ظاهرة الاجتماع الانساني في ماضيها وتبينناها في

(١) أنظر في ذلك ، حسن سفيان - أسس علم الاجتماع ط ٦ ص ١٣٦ .

(٢) أنظر في ذلك ، مصطفى الخشاب - علم الاجتماع ج ٢ ص ٢١٩ . ماكيفز وبيج - المجتمع ، ترجمة الدكتور علي أحمد عيسى ص ١٩ .

حاضرها وتطلعنا إلى مستقبلها نخرجنا من ذلك بحقيقتين تجتمع لهما صفة
اللزوم والتلازم ، بحيث تعدان من عداد لزوم ما يلزم ،

أما الحقيقة الأولى ، فهي أن الاجتماع الانساني لازم للانسان ، بحيث
لا يمكن أن تقوم حياة انسانية بلا اجتماع انساني :

وأما الحقيقة الثانية ، فهي أن الاجتماع الانساني يستلزم قيام قانون
يحكمه ، بحيث لا يمكن قيام اجتماع انساني بلا قانون .

ولهذا ينبغي أن نعرض أولاً لازوم الاجتماع الانساني للانسان ،
ثم نعرض ثانياً للزوم انتظام القانوني للاجتماع الانساني .

المبحث الأول

الاجتماع الانساني لازم لقيام الحياة الانسانية

الانسان كائن اجتماعي :

٦ - يوصف الانسان بأنه كائن اجتماعي منذ قال أرسطو قوله
المأثور المشهور وان الانسان مدني بالطبع . هذا القول الذي أمتن عليه
من جاءوا بعد أرسطو ، والذي أرففه أرسطو بقوله ان الفرد الذي
لا يستطيع أن يعيش في جماعة أو ليست له حاجات اجتماعية لأنه يكفى
نفسه بنفسه إما أن يكون دون الانسانية أو فوقها ، أي إما أن يكون وحشاً
أو الها : يكون وحشاً لأنه ليس في حاجة لأن يعيش في مجتمع بشري
أو يكون الها لأنه بلغ جميع كمالاته وليس في حاجة إلى من يكمله (١) .

٧ - ووصف الانسان بأنه كائن اجتماعي بعد من الحقائق الواقعية ،
فالمشاهد أن الانسان يولد من اجتماع انساني وينمو ويعيش في ظل اجتماع

(١) أنظر في عرض ذلك ، مصطفى الخشاب - علم الاجتماع ومدارسه ج ١ ص ٥٣ .

انسانى . وما يقال عن روبنسون كروزو أو حى بن يقظان من أنهما عاشا منفردين متعزلين محض قصة تصورية خيالية لا نصيب لها من الواقع ، إذ لم توجد أى من هاتين الشخصيتين الوهميتين . وفى الحالات القليلة التى حرم فيها شخص من أن ينمو فى ظل اجتماع انسانى ، أدى هذا الحرمان إلى افتقاده عدة صفات انسانية . فعند اكتشاف هؤلاء الأشخاص وجد أن انعزالهم الاجتماعى الكامل لم يترك لهم الا القليل من الصفات الانسانية التى تكون لانسان فى مثل سنهم . ففهم من كان يمشى على أربع ولم يكن يتحدث بأية لغة فيما عدا عواء يشبه عواء الذئب كما كان يحشى الآدميين . ومنهم من كان لا يقدر على المشى أو الكلام كما كان مجرداً تماماً من العواطف غير مكثرث بمن حوله (١)

٨ - وهذه الحقيقة الواقعية تعد أيضاً حقيقة تاريخية . فلا ينفى عنها ذلك مجرد أن الانسان البدائى عاش فى وسط لا يجوز علمياً أن يعد مجتمعاً لاختلافه اختلافاً جوهرياً عن المجتمع ، إذ من مقومات المجتمع قيام ضمير أو وعى جماعى بينما العقلية البدائية لا تسمح بقيام مثل هذا الوعى (٢) . فإذا كان ذلك ينفى أن الانسان البدائى عاش فى مجتمع ، فإنه لا ينفى أنه عاش فى وسط اجتماعى ، وأنه يعد كائناً اجتماعياً . فمن المسلم به أن الانسان البدائى عاش فى جماعة انسانية يطلق عليها الجماعة المبهوكة أو غير التميز . بل ان حياة الانسان البدائى فى هذه الجماعة المبهوكة تجعله كائناً اجتماعياً أكثر من سواء . ذلك أن من خصائص تلك الجماعة المبهوكة أن الانسان يرتبط بها برباط غريزى بيولوجى ، وأن أعضائها يعدون أجزاء من وحدة لا تتجزأ لا يشعرون داخلها بافتقار

(١) أنظر فى ذلك ، ماكيفر وبيج - المجتمع ، ترجمة الدكتور على عيسى ص ٩٤ - ٩٦ .

(٢) أنظر فى ذلك ، يردو - مطول علم السلسلة ط ٢ ج ١ ف ٢١ - ٢٢ ص ٤٧ - ٤٩ .

ذاتهم ولا يدركون حقيقة الكل الذى ينتمون اليه لأن الجزء فى الكيان
البيولوجى لا يدرك حقيقة الكل (١)

المقصود بأن الإنسان كائن اجتماعى :

٩ - إذا كان من المحقق أن الإنسان كائن اجتماعى ، فإن مدلول
هذه الحقيقة يحتاج إلى تحديد . فهل يقصد بذلك مجرد أن نفسية الإنسان
فطرت على أن تميل ميلاً غريزياً إلى إقامة اجتماع انساني بحيث يكون هذا
الاجتماع فطرياً غريزياً ، أم أنه يقصد بذلك أن قدرة الإنسان بطبيعة
تكوينه لا يمكن أن تفي بضروراته المادية وإنما لابد له من التعاون فى ذلك
مع غيره بحيث يكون الاجتماع الانسانى ضرورياً لحياته ، أم أنه يقصد
بذلك أن شخصية الإنسان وصفاته الانسانية لا يمكن أن تتكون أو تنمو
إلا فى مجتمع انساني بحيث يعد الاجتماع الانسانى ضرورياً لتكوين الكيان
المعنى للإنسان ؟

١٠ - يجيبنا ابن خلدون على ذلك بقوله « الاجتماع الانسانى
ضرورى ويعبر الحكماء عن هذا بقولهم الانسان مدنى بالطبع أى لابد له
من الاجتماع » . ويمضى ابن خلدون فيبين ان الله سبحانه وتعالى خلق
الانسان وركبه على صورة لا يصح حياتها وبقاؤها الا بالغذاء والدفاع
عن النفس . وقدرة الواحد من البشر قاصرة عن تحصيل حاجته من ذلك
الغذاء الذى يعد مادة حياته ، كما لا يؤمن له الدفاع عن النفس الذى
يتوقف عليه بقاؤه (٢) . ولهذا كان الاجتماع الانسانى ضرورياً للإنسان

(١) انظر فى ذلك ، كازانيف - فكره المجتمع البدائى فى مطول علم الاجتماع . لجورجس ج ٢
ص ٤٢٣ . طه بوى - أصول علوم السياسة ، ١٩٦٧ ص ٣٦ .

(٢) أنظر ، مقدمة ابن خلدون ص ٤١ - ٤٢ .

حتى يمكنه التعاون مع أبنائه جنسه على تحقيق الضرورات المادية لحياته وبقائه .

ولا يقف ابن خلدون عند ذلك . فالى هذه الاعتبارات المادية التي تجعل الاجتماع الانساني ضرورياً لوجود الانسان المادى يضيف ابن خلدون اعتباراً نفسياً هو ما فطر عليه الانسان من شعور غريزي يدفعه الى الاستئناس بأخيه الانسان (١) . والواقع أنه يمكن أن نصل الى حد القول بأن الاجتماع الانساني يعد ضرورة نفسية كما هو ضرورة مادية ، لأنه لا يمكن للنفس الانسانية أن تحبس في عزلة تامة وان كانت قد تكون انغزالية أو انطوائية الى حد يعد مرضاً نفسياً . ولهذا يعد الحبس الانفرادى من أقسى وأشد ما يحيف الانسان من عقوبات .

١١ - . ويختلف عن ذلك تحديد ماكيفر وبيج للمقصود بأن الانسان كائن اجتماعي . فمن رأيهما أنه لا يقصد بذلك ان الانسان كائن متآلف مع الناس ، فالأفراد مختلفون من هذه الناحية ، كذلك ليس المقصود أن الانسان اجتماعي بحكم تكوين أصيل في الطبيعة الانسانية . وانما المقصود أنه بدون المجتمع وبدون التراث الاجتماعي لا تستطيع شخصية الفرد أن تستبين . وهذا ما لا يرفض كله ولا يقبل كله (٢)

فلا يرفض من هذا الرأي أن المجتمع ضروري لتكوين شخصية الانسان ونمو مظاهر انسانيته ، وذلك لما سبق أن رأيناه في الحالات التي عزل فيها انسان عن المجتمع عزلاً تاماً . ولهذا يعد الاجتماع الانساني ضرورياً ليس فقط لحفظ الكيان المادى للانسان ، وانما يعد أيضاً ضرورياً لنمو الكيان المعنوي للانسان .

(١) أنظر في عرض ذلك ، مصطلحي الخشاب - المرجع السابق ج ١ ص ١٠٣ .

(٢) أنظر ، ماكيفر وبيج - المجتمع ، ترجمة الدكتور علي عيسى ص ٩٩ .

ولكن لا يقبل من ذلك الرأى أن الانسان لا يعد اجتماعياً بحكم تكوين أصيل فيه . فمجرد أنه بدون المجتمع لا يمكن أن تتكون شخصية الانسان أو تنمو مظاهر انسانيته ، لا ينفي أن الانسان بطبيعة خلقه يعد كائناً اجتماعياً . ليس فقط لأنه لا يمكن أن ننكر ما للانسان من غريزة اجتماعية ، وإنما أيضاً لأنه ، لولا ما خلق عليه الانسان من قابلية للاستجابة إلى المؤثرات الاجتماعية ، ولولا ما زود به من استعداد للتكيف الاجتماعى (١) ولولا ما بث فيه من قدرة العقل والنطق ، لما أمكن للمجتمع أن يؤثر فيه فيكون شخصيته وينمى مظاهر انسانيته .

وبذلك نكون قد تحققنا من مدى لزوم الاجتماع الانسانى لقيام الحياة الانسانية ، وبقي أن نتحقق مما يستلزمه هذا الاجتماع الانسانى من قيام نظام قانونى .

المبحث الثانى

الاجتماع الانسانى يستلزم قيام نظام قانونى

١٢ - إذا نظرنا إلى ما يحيط بنا من مجتمعات فلن نجد مجتمعاً بلا قانون ، بلا نظام قانونى يحكمه ويسود الاعتقاد بوجود الاجبار على تطبيق قواعده .

الا أن ذلك لا يعفينا من أن نتحقق من أن الاجتماع الانسانى يستلزم قيام نظام قانونى . فعلينا أن نتساءل : لماذا يوجد القانون فيما يحيط بنا من مجتمعات ؟ وهل وجدت قبلها مجتمعات بلا قانون أو يتصور أن توجد بعدها مجتمعات بلا قانون ؟

(١) التكيف الاجتماعى هو تطبع الانسان بالبيئة الاجتماعية التى يعيش فيها بحيث يصبح قطعة منها وعصراً منسجماً مع عناصرها . انظر ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ج ٢ ص ٢٠١ .

١٥٤ يوجد القانون في مجتمعاتنا ؟

١٣ - إذا ما تساءلنا لماذا يوجد القانون فيما يحيط بنا من مجتمعات أجنبية على ذلك ابن خلدون بأنه إذا حصل اجتماع البشر فلا بد من وازع يدفع بعضهم عن بعض لما في طبائعهم من العدوان والظلم . وهذا الوازع يكون حاكماً له الغلبة واليد القاهرة وعليه أن يرجع في حكمه إلى قوانين سياسية مفروضة يسلمها الكافة ويتقادون إلى أحكامها (١) .

١٤ - فأما أن العدوان من طبائع البشر ، فهذه حقيقة سجلها الماضي ويسجلها الحاضر ، ومردّها أن الانسان كائن أناني كما هو كائن اجتماعي ، ينزع إلى الصراع كما ينزع إلى التعاون ، تكمن فيه شهوة تدفعه إلى الشر كما يكمن فيه عقل يحضه على الخير (٢) . فإذا ما تغلبت طبيعة الانسان الأنانية على طبيعته الاجتماعية ، ونزعتة إلى الصراع على نزعتة إلى التعاون ، وقوة الشهوة التي تدفعه إلى الشر على قوة العقل التي تدفعه إلى الخير ، وهذا ما يقع كثيراً ، عندئذ يتعرض الانسان إلى عدوان الانسان .

١٥ - وأما أن ما طبع عليه الانسان من عدوان يقتضي وجود حاكم يدفع هذا العدوان ، فهذا ما يقطع به ما يؤدي اليه عدم كبح جماح العدوان من اقتتال وفوضى وهمجية لا يمكن معها قيام حياة انسانية وإنما تفتى هذه الحياة أو تتحول إلى حياة حيوانية (٣)

(١) أنظر مقدمة ابن خلدون ص ٤٣ و ص ١٩٠ .

(٢) أنظر ، حسن الساعاتي - المرجع السابق ص ٢٨ - ٣١ . ابن خلدون - المقدمة ص ١٢٧ وقد قال تعالى : « زين للناس حب الشهوات » آل عمران ٢٤ ، وقال تعالى « فونس وما سواها فأملها فجورها وتقواها » الفجر ٧ - ٨ .

(٣) أنظر ، ابن خلدون - المقدمة ص ١٨٧ حيث قال أنه إذا اجتمع البشر دعت الضرورة إلى المعاملة واقتضاء الحاجات ومذكر واحد منهم يده إلى حاجته يأخذها من صاحبه لما في طبيعته من ظلم وعدوان ويغتنم الآخر عنها بمقتضى الغضب والالفة والقوة البشرية فيقع التنازع المفضي إلى المقاتلة وهي تؤدي إلى المخرج وسفك الدماء وإذهاب النفوس .

١٦ - وأما أن ذلك الحاكم الذى تكون له الغلبة واليد القاهرة يجب أن يرجع فى حكمه إلى قوانين يسلمها الكافة ويتقادون إليها ، فهذا ما يرجع إلى أنه لا يمكن لكبح جماح الإنسان تأثير التربية والثقافة والأخلاق والرأى العام ، بل والدين إذا كان لا يسود الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيق أحكامه الدنيوية . فبالرغم مما لهذه الضوابط الاجتماعية من تأثير فى ضبط سلوك الإنسان ، فإنها لا تكفى فى ذلك وإنما لابد من ضابط آخر أقوى منها . هذا الضابط الأقوى هو القانون (١) الذى لا يسعنا أن نسلم بأنه يتميز بالقهر على تطبيق أحكامه . فالواقع ، أن ذلك غير لازم وإنما يمكن القانون الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيق أحكامه . فمن هذا الاعتقاد يستمد القانون قوته . وبهذا الاعتقاد يتميز القانون عن سائر الضوابط الاجتماعية . ولهذا الاعتقاد لا يغنى عن القانون أى ضابط اجتماعى آخر .

هل وجدت مجتمعات بلا قانون ؟

١٧ - قيل بأنه فى الجماعات البدائية المحبوسة أو التوتمية لا يمكن أن يوجد قانون (٢) ، إذ يحول دون وجوده حائلان ،

الأول ، أن من خصائص هذه الجماعات عدم التمييز بين تنظيم وآخر بحيث يختلط التنظيم السياسى بالاقتصادى لانتهاها جميعاً إلى التوتم ، الذى تتردد إليه مختلف القوى المقررة لمصير الجماعة والذى يصعب كافة ما ينتمى إليه بصبغته الخفية الحارقة . ولكن الواقع أن مجرد اصطباغ القاعدة

(١) أنظر فى ذلك ، روس - مبادئ علم الاجتماع ، أشار إليه الساعاتى فى مؤلفه علم الاجتماع القانونى ص ١٤ ، وأنظر أيضاً ص ٥١ - ٥٢ من هذا المؤلف .

(٢) أنظر فى ذلك . بريدو - مطول علم السياسة ط ٢ ج ٢٨١ ص ٥١ . وأنظر فى عرض ذلك القول ونقده ، ديلفكيو - فلسفة القانون ط ١٩٥٣ ص ٢٨٧ . ليني بريل - مقدمة الدراسة القانونية (مؤلف مشترك) ج ١ ص ٢٥٣ - ٢٥٤ .

بصبغة خارقة لا ينفي عنها الصفة القانونية ما دامت تتوافر لها الخصيصة المميزة للقاعدة القانونية وهي الالتزام الذى تفرضه الجماعة على من ينتمون اليها (١) .

والثانى ، أن من خصائص القانون الاعتقاد بضرورته . وهذا الاعتقاد لا يمكن أن يتوافر الا لشخص قادر على أن يدرك أنه اما أن يطيع قاعدة من القواعد أو أن يتحمل الجزاء ، بينما العقلية البدائية لا تدرك الا المحسوس ولا قدرة لها الا على الأحكام العاطفية البهيمية دون الأحكام المنطقية أو التى تحتاج إلى تصور أو تجريد (٢) . ولكن الواقع أن الاعتقاد بضرورة القاعدة لا يستعصى على العقلية البدائية ما دامت هذه القاعدة تصطبغ بصبغة خارقة يضيفها عليها انبثاقها إلى التوهم الذى تنتمى اليه كافة القوى المسيرة للجماعة البدائية .

١٨ - كذلك قيل بأن الانسان مرحلة عاش فيها على الفطرة (٣) وهذا ما قد يوحى بأن الانسان مرت به مرحلة عاش فيها بلا قانون ، وما يقتضى أن نعترض لذلك القول الذى اختلف حول المقصود به :

١٩ - فالبعض يرى أن ذلك القول يقصد به أنه مرت بالانسان مرحلة تاريخية سابقة على قيام المجتمع عاش فيها على الفطرة متمتعا بحريته وحقوقه الطبيعية . وهذا ما انتقده بعنف الاستاذ ديجي (٤) . انتقده أولا لأن الانسان لا يمكن أن تكون له أية حقوق الا إذا عاش فى مجتمع

(١) أنظر فى ذلك ، ليشى بريل - الموضع السابق .

(٢) أنظر فى ذلك ، بيردو - الموضع السابق .

(٣) أنظر فى مرض ذلك ، فالين - الفردية والقانون ط ٢ و ٣ - ٤٦ ص ٩٥ - ١٠٤ .

(٤) أنظر ، ديجي - مطول القانون الممتورى ج ١ ف ١٩ .

وارتبط مع غيره بعلاقات اجتماعية . وانتقله ثانياً لأن الانسان بطبيعته تكوينه العضوى والنفسى لا يمكن أن يعيش ولم يعيش أبداً منفرداً ، فهو لا يمكن أن يعيش الا فى مجتمع ولم يعيش أبداً الا فى مجتمع .

٢٠ - والبعض يرى أن ذلك القول لا يقصد به أن الانسان عاش فى مرحلة تاريخية بلا مجتمع وبلا قانون ، وانما يقصد به أنه من المتصور أن الانسان عاش أو يمكن أن يعيش فى مجتمع فطرى لا توجد فيه سلطة عليا سياسية وان كان يوجد فيه قانون لأن وجود القانون يمكن أن يكون سابقاً على قيام مجتمع الساطة المنظم . وهذا ما قال به الأستاذ فالين (١) .

٢١ - فأما أن حالة الفطرة يقصد بها حالة مجتمع فطرى وليس حالة انسان منفرد ، فهذا ما يستفاد مما قاله لوك الذى يعد من أبرز القائلين بحالة الفطرة . فهو يقول انه ، إذا كانت حالة الفطرة حالة حرية حقيقية بحيث تكون للانسان حرية أن يفعل ما يشاء دون توقف على اذن أو ارادة شخص آخر ، فانه ليست للانسان حرية الاعتداء على غيره . وهو يقول انه ، إذا كانت حالة الفطرة حالة مساواة بحيث لا يكون لأى انسان سلطة على آخر ، فانه يكون لكل انسان حق عقاب من يعتدى على حقوقه (٢) وهذا ما يفصح عن أن حالة الفطرة لا تنفى وجود علاقات اجتماعية وقيام مجتمع فطرى .

٢٢ - وأما أن ذلك المجتمع الفطرى ، لا يمثل مرحلة تاريخية معينة وانما حالة متصورة ، فهذا ما يستفاد أيضاً من أقوال أبرز القائلين بحالة الفطرة ، وخاصة لوك وبفندروف . فلوك يجيب على الاستفهام الاعتراضى

(١) أنظر ، فالين - المرجع السابق ف ٤٢ ص ٩٥ .

(٢) أنظر ، لوك - محاولة فى الحكومة المدنية ف ١ ، ٣ ، ٤ ، أشار فالين فى المرجع السابق ص ٩٧ .

الذى وجه إلى حالة الفطرة . وهو أين عاش الانسان فى مثل هذه الحالة ، بأن الأمراء والحكام يعيشون فى حالة القطرة ، وان العالم لم ولن يخل من عدد من الأشخاص عاشوا أو يعيشون فى حالة الفطرة . وهذا مايرى الأستاذ فالين أنه يصدق على المجتمع الدولى الذى يضم دولاً متساوية فيما بينها ولا توجد سلطة سياسية تملوها (١) . ويفندروف يقول أن مجتمع السلطة أو المجتمع السياسى الذى نعرفه ليس ظاهرة طبيعية وانما هو من صنع الانسان . ولهذا يكون من المعقول أنه قبل أن يتم تشكيل ذلك المجتمع السياسى عاش الانسان غير خاضع لسلطة الانسان (٢) .

٢٣ - وأما أن ذلك المجتمع الفطرى لا بد له من قانون يحكمه ، فهذا ما تنطق به أقوال لوك . فهو يقول بأن حرية الانسان فى أن يفعل مايشاء مشروطة . بأن يلتزم قانون الطبيعة ، ويقول أيضاً بأن حالة الفطرة لها قانونها : قانون الطبيعة الذى يحكمها والذى يجب أن يخضع له كل انسان ويطيعه . ولا يسعنا أن نسلم بما ذهب اليه الأستاذ فالين من أن القيود التى وضعها لوك على حرية الانسان فى حالة الفطرة ليست قيوداً قانونية وانما اخلاقية (٣) . فليس أدل على أن لوك يعنى قيوداً قانونية يفرضها قانون هو قانون الطبيعة من قوله ان هذا القانون يحول لكل انسان حق العقاب على ما يقع عليه من اعتداءات .

٢٤ - وأما أن ذلك المجتمع الفطرى يمكن أن يوجد له قانون ، فهذا ما لا يحول دونه عدم قيام سلطة سياسية عليا منظمة . ذلك أن قيام

(١) أنظر ، فالين - المرجع السابق ص ٩٩ .

(٢) أنظر ، يفندروف - قانون الطبيعة والشعب ك ب ٢ ، أشار اليه فالين ، فى المرجع السابق ص ١٠١ .

(٣) أنظر ، فالين - المرجع السابق ص ٩٨ .

هذه السلطة ليس لازماً لوجود القانون الذى يمكن أن يكون سابقاً عليها ، وهذا ما قال به ديجى (١) وجيزفنتش (٢) ، وما أبدته فالين استناداً إلى أن قواعد التنظيم السياسى للمجتمع التى تبين شكله وتحدد من يزاولون سلطاته تسبق قيام المجتمع السياسى لأنه يستند إليها فى قيامه ، فالسلطة التشريعية التى تكون لها فى المجتمع السياسى سلطة اصدار القانون تستمد سلطتها من قاعدة قانونية سابقة على قيامها ومصدر تلك القاعدة وغيرها من القواعد التى تسبق قيام المجتمع السياسى المنظم هو العرف . فن المؤكد أن كل مجتمع انساني بدأ بمرحلة أولية كان فيها القانون عرفياً إلى أن جاء يوم حددت فيه احدى القواعد العرفية سلطة معينة مختص باصدار القواعد القانونية . وهذا هو الشأن فى المجتمع الدولى الذى لا توجد فيه سلطة عليا منظمة ، ولهذا صديق فون جيرك حين قال أن شعباً بلا دولة ، جماعة دينية بلا كنيسة ، مجتمعاً من الدول بلا سلطة عليا ، مهنة بلا تنظيم ، يمكن أن يكون لها قانوناً (٣) .

وبذلك نكون قد تحققنا من أنه لم توجد مجتمعات بلا قانون ، وبقي أن نتحقق من أنه لا يتصور أن تتطور المجتمعات بحيث تستغنى عن القانون ،

هل يتصور قيام مجتمعات بلا قانون ؟

٢٥ - يتصور مذهباً أن المجتمع يمكن أن يتطور بحيث تنتفى حاجته إلى قيام نظام قانونى يحكمه ويحكم ما يوجد فيه من علاقات اجتماعية هذان المذهبان هما : المذهب الفوضوى ، والمذهب الشيوعى .

(١) أنظر ، ديجى - الدولة ، القانون الموضوعى ، والقانون الوضعى ص ١٣٤ .

(٢) أنظر جيرفنتش - فكرة القانون الاجتماعى ص ٦٨٦ حيث أشار إلى هريو .

(٣) أنظر ، فالين - المرجع السابق ف ٥١ - ٥٢ ص ١٠٨ - ١١٠ .

المذهب الفوضوى :

٢٦ - يتصور المذهب الفوضوى (١) ، كما تنطق أقوال برودون الذى يعد من أبرز أقطابه . ، قيام مجتمع جديد متقدم تحل فيه العقود التى يبرمها الأفراد بكل حرية محل القانون الذى يصدر بالأغلبية أو حتى بالاجماع . وبذلك يتحرر أفراد المجتمع من سلطات القانون وكافة سلطات الدولة وفى مقدمتها السلطة القضائية ، فاذا قام نزاع بين الأفراد فانه يعرض على محكمين يتفق المتنازعون على اختيارهم ويكون تنفيذ قراراتهم اختيارياً . وهذا هو الشأن فى كافة العقود التى لا يوجد أى جزاء على الاخلال بها ، وانما يتوقف تنفيذها على ارادة كل من المتعاقدين (٢) .

٢٧ - وهذا الذى يتصوره المذهب الفوضوى بعيد عن أقصى ما يمكن أن يصل اليه التصور ما لم نجاوز المعقول إلى اللامعقول . ذلك أنه لا بد أن تم الفوضى فى المجتمع إذا خلا من قانون يسود الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيق أحكامه وترك الأمر لمحض ارادة الأفراد ، ان شئت نفذت العقود التى تعقدها وقرارات المحكمين الذين تختارهم وان شئت لم تنفذها .

وقد يبدو أن الأمر ليس بالخطورة التى يترأى عليها ، لأن ما لا ينفذ اختياراً من العقود فى المجتمع الحالى الذى يسوده القانون لا يذكر بجانب العقود التى يتم تنفيذها اختياراً (٣) . ولكن الواقع أن ذلك مردود بأنه لو لم يوجد القانون لاختلف الوضع . ذلك ان ممن ينفذون تعهداتهم

(١) أنظر فى عرض هذا المذهب ، أحمد جامع - الفوضوية بين الفردية والاشتراكية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ص ٩ ص ١٤٥ . .

(٢) أنظر فى عرض ذلك ، فالين - الفردية والقانون ط ف ١٢٧ ص ٢٣٤ - ٢٣٨ .

(٣) أنظر ، فالين - المرجع السابق ف ١٣٣ ص ٢٤٤ .

دون الالتجاء إلى إجبارهم على ذلك من يدفعهم إلى ذلك وجود القانون وعلمهم بأنهم إذا لم يفعلوا ما يلتزمون به اختياراً أُجبروا على تنفيذه ، يضاف إلى ذلك أنه حتى إذا لم يتضاعف القدر الذى لا ينفذ إختياراً من العقود ، فإن هذا القدر كاف للاخلال باستقرار المجتمع وأمنه .

كذلك قد يبدو أنه ليس من الخيالى الإعتماد على التنفيذ الاختيارى للعقود ، لأنه إذا كان لن يوجد فى ذلك المجتمع الجديد جزء قانونى على الاخلال بها ، فانه يوجد جزء اجتماعى يتعرض له من يخل بعهده . هذا الجزء الاجتماعى هو عدم التعاقد فى المستقبل . مع من أخل بعهده (١) . ولكن الواقع أن ذلك الجزء الاجتماعى غير كاف ولافعال كما أثبت العمل ، وليس أدل على ذلك من أنه ، لو كان لذلك الجزء من الفعالية ما يحمل الأفراد على تنفيذ التزاماتهم ، لما واجه القضاء ما يخل به من دعاوى بسبب عدم تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهم .

المذهب الشيوعى :

٢٨ - يتصور المذهب الشيوعى (٢) انه من الحتمى أن يتطور المجتمع تطوراً يمر بمرحلتين :

أما المرحلة الأولى، فيتحول فيها المجتمع من مجتمع رأسمالى إلى مجتمع اشتراكى . وهذا ما يتحقق بقيام ثورة البروليتاريا والفائزها للملكية الخاصة وقضائها على استغلال الانسان للانسان . وفى هذه المرحلة الأولى لا تزول الدولة ولا يزول القانون ، وانما تتحول الدولة إلى دولة اشتراكية وتتحول القانون إلى قانون اشتراكى . وأياً ما كان رأى فيما يذهب اليه هذا المذهب

(١) أنظر ، فالين - الموضع السابق .

(٢) أنظر فى موقف هذا المذهب من القانون ، سلسلة فلسفة القانون ، العدد ١٢ من ماركس والقانون الحديث .

بشأن هذه المرحلة الأولى من مراحل تطور المجتمع ، فإنه يلم بوجود القانون فيها وبال حاجة إليه (١) .

وأما المرحلة الثانية ، فيتحول فيها المجتمع من مجتمع اشتراكي إلى مجتمع شيوعي . وهذا ما يتحقق إذا تحققت تطورات ثلاثة :

التطور الأول ، هو قضاء البروليتاريا على نفسها كطبقة ، بحيث لا تعود هناك طبقة حاكمة وأخرى محكومة .

والتطور الثاني ، هو القضاء على عدم كفاية الانتاج الاقتصادى والوصول إلى درجة من غزارة الانتاج بحيث لا تعود هناك أية مشكلة في التوزيع فيحصل كل فرد على ما يحتاجه وليس على قدر عمله . وبذلك لا يعود هناك مجال لقيام تنازع مادي بين الأفراد .

والتطور الثالث ، هو القضاء على تقسيم العمل بحيث يكون للفرد أن يقوم بأى عمل وبكل عمل يشاء القيام به ، فلا يكون أميراً لعمل واحد وانما يمكنه أن يقوم في يوم بعمل وفي يوم آخر بعمل آخر . وبذلك لا يعود هناك أى مجال للتماسد والتنازع بين الأفراد .

فاذا تم تحقيق هذه التطورات الثلاثة ، التى يتحقق بها تحول المجتمع من مجتمع اشتراكي إلى مجتمع شيوعي ، فإنه لا تعود أية حاجة لا إلى الدولة ولا إلى القانون ، ومن ثمة يختلفان (٢) .

٢٩ - وهذا الذى يبشر المذهب الشيوعي بتحقيقه في المرحلة الثانية من مراحل تطور المجتمع لابد من مناقشته : ومناقشتنا له تدور

(١) أنظر في مرض ذلك ، ستويانوفتش - الماركسية والقانون ، باريس ١٩٦٤ ص ١٠٥

(٢) أنظر في مرض ذلك ، ستويانوفتش - المرجع السابق ص ١٠٨ .

حول محورين : الأول ، هو هل تنتفى حقاً الحاجة إلى القانون إذا حدث ما لم يحدث إلى الآن وهو تحول المجتمع إلى مجتمع شيوعي ؟ والثاني ، هو هل تنتفى حقاً الصفة القانونية عن النظام والقواعد اللذين يسلم ذلك المذهب بوجودهما في المجتمع الشيوعي الذى يبشر به ؟

٣٠ - (أولاً) هل تنتفى الحاجة إلى قيام نظام قانونى في المجتمع الشيوعي ؟

من المستبعد ، بالرغم من التطورات الثلاثة التى رأينا أن المجتمع الشيوعي يتوقف على تحقيقها ، أن تنتفى الحاجة إلى النظام القانونى في هذا المجتمع . فالواقع أن القضاء على عدم كفاية الانتاج وتقسيم العمل لن يقضى على المنازعات والانحرافات الفردية . ذلك ان هذه المنازعات والانحرافات لا ترجع فحسب إلى عدم حصول الفرد على ما يحتاجه أو إلى ما يشعر به من حسد لقيام غيره بعمل غير الذى يقوم به : فالى جانب الأسباب الاقتصادية للمنازعات الفردية توجد أسباب معنوية لا شأن لها بتوزيع الانتاج أو تقسيم العمل . وهذا هو الشأن فيما يتورق بين الأفراد من منازعات عاطفية أو بسبب مجرد الاختلاف في الرأى أو بين أشخاص يقومون بنفس العمل (١) .

وإذا كان التطور الاقتصادى الذى يعلق عليه المذهب الشيوعي قيام المجتمع الشيوعي سيكون له أثره على معنويات أفراد المجتمع (٢) ، فان هذا الأثر لا يمكن أن يصل إلى حد تغيير طبيعة الانسان ، فسيظل

(١) أنظر في ذلك ، مصطفى أبوزيد - في الحرية والإشتراكية والوحدة ص ١٠٩ .

(٢) أنظر في عرض ذلك ، ستويا نوقتش - المرجع السابق ص ١٠٩ .

للإنسان عقله وعاطفته وإرادته الخاصة التي تختلف من إنسان إلى إنسان ،
ما يكون مثاراً لاختلاف الإنسان مع الإنسان .

كذلك أياً ما كان مدى ما سيصل اليه الإنسان من تحكم في غرائزه ،
فانه لن يكون بمنأى عن الانحراف : وهذا ما يسلم به المذهب الشيوعي
الذى لا ينكر أنه قد تقع انحرافات فردية في المجتمع الشيوعي (١) . ولا شك
ان امكان وقوع هذه الانحرافات يفترض وجود قواعد تحدد السلوك
المنحرف والسلوك غير المنحرف ، بحيث يعد السلوك منحرفاً إذا كان
مخالفاً لها وغير منحرف إذا كان موافقاً لها . ووجود هذه القواعد يسلم
به المذهب الشيوعي (٢) . وان كان لا يسلم بأنها قواعد قانونية . وهذا
ما ينتقل بنا إلى التساؤل الثاني الذى تدور حوله مناقشتنا لما ينكره ذلك
المذهب من وجود قانون في المجتمع الشيوعي .

٣١ - (ثانياً) هل تنفى الصفة القانونية عما يوجد في المجتمع
الشيوعي من نظام وقواعد ؟

يسلم المذهب الشيوعي بأن المجتمع الشيوعي لن يخلو من تنظيم (٣) ،
ولكنه ينكر أن ذلك التنظيم يكون تنظيمًا قانونياً يتضمن قواعد قانونية (٤) ،
ويستند هذا الإنكار إلى أن القانون لا يمكن أن يوجد الا في مجتمع طبقي ،
لأنه يفترض ، من ناحية وجود حاكم ومحكوم ، ومن ناحية أخرى

(١) أنظر في ذلك ، مصطفى أبوزيد - المرجع السابق ص ١٠٦ .

(٢) أنظر في ذلك ، ستويا نوفتش - المرجع السابق ص ٣٤١ .

(٣) أنظر في ذلك ، فريدمان - النظرية القانونية ، لندن ١٩٦٠ ص ٣٢٧ - ٣٢٨ -
ستويانوفتش - المرجع السابق ص ١٠٩ .

(٤) أنظر في ذلك ، ستويانوفتش - المرجع السابق ص ٣٤١ .

وجود مصالح طبقية يعمل على حمايتها (١) . وهذا ما ينتفى في المجتمع الشيوعي الذي يتميز بأنه مجتمع غير طبقي لا توجد فيه طبقة حاكمة وطبقة محكومة . ويجرد أن توجد في المجتمع الشيوعي ادارة وتنظيم للانتاج والخدمات لا يعني أن هذه الادارة تمارسها طبقة حاكمة وأن ذلك التنظيم يكون بمقتضى قواعد قانونية . ذلك أن المجتمع بأسره هو الذى يقوم بوضع وتطبيق قواعد تلك الادارة وذلك التنظيم ، ومن ثمة فانها تعد مجرد قواعد اجتماعية وليست قواعد قانونية (٢) .

وهذا الذى يستند اليه المذهب الشيوعي غير مقنع ، ذلك أن جوهر القانون الذى يميزه عما عداه من الضوابط الاجتماعية ، ليس صدوره عن سلطة حاكمة ، وإنما قيام اعتقاد جماعى بوجوب الاجبار على تطبيق قواعده على نحو ما سبق أن ذكرنا . وهذا الاعتقاد لا يمكن أن يتخلف في المجتمع الشيوعي الذى يبشر به المذهب الشيوعي . فلا يمكن أن يتخلف الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيق القواعد المنظمة للانتاج والخدمات ، كما لا يمكن أن يتخلف الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيق القواعد المتعلقة بسلامة الانسان أو بحماية النظام الشيوعي ذاته ومنع انتكاسه .

ولا نحسب أن المذهب الشيوعي يجادل في ذلك ، وهو الذى لا يقول بأن المجتمع الشيوعي سيخلو من سلطة اجتماعية (٣) ويسلم بأن الشعب المسلح يقوم بقمع ما قد يقع من انحرافات فردية (٤) . فهذا القمع يفترض

(١) أنظر في ذلك ، ستويانوفتش - المرجع السابق ص ١٢٦ .

(٢) أنظر في ذلك ، ستويانوفتش - المرجع السابق ص ١٠٩ ، ٣٤١ .

(٣) أنظر في ذلك ، ستويانوفتش - المرجع السابق ص ٣٤١ .

(٤) أنظر في ذلك ، مصطفى أبوزيد - المرجع السابق ص ١٠٦ ، ١١٠ .

قيام اعتقاد جماعى بأن القواعد التى ينحرف عنها الأفراد تكون واجبة التطبيق جبراً على من تسول له نفسه الانحراف عنها . وما دام يتوافر لتلك القواعد جوهر القاعدة القانونية وهو الاعتقاد بوجود الاجبار على تطبيقها ، فان تهرب المذهب الشيوعى من أن يطلق عليها اسم القواعد القانونية لا يمكن أن ينفى عنها طبيعتها القانونية (١) ، ومن ثمة لا يمكن أن ينفى قيام نظام قانونى فى المجتمع الشيوعى الذى يبشر به إذا حدث . أن قام هذا المجتمع .

وبذلك نكون قد تحققنا من أن الاجتماع الانسانى يستلزم قيام نظام قانونى . فما من مجتمع بلا نظام قانونى ، أيا ما كان هذا المجتمع ، وأيا ما كان التطور الذى قد يحدث له . ومن قبل ذلك تحققنا من أن الاجتماع الانسانى لازم لقيام الحياة الانسانية ، مما يجعل من ذلك الاجتماع ظاهرة حتمية من جوانبها قيام نظام قانونى يستمد من حتميتها حتميته . وبعد أن درسنا ظاهرة الاجتماع الانسانى كظاهرة عامة ، ننتقل إلى دراسة مستويات الاجتماع الانسانى فى حدود كونه الموضوع الذى يحكم النظام القانونى .

(١) أنظر فى ذلك ، سترويانوفتش - المرجع السابق ص ٣٤١ .

الفصل الثاني

مستويات الاجتماع الإنساني

تقديم :

٣٢ - للاجتماع الانساني ثلاثة مستويات متدرجة متداخلة :
الأول مستوى الارتباطات أو الروابط الاجتماعية ، والثاني مستوى
الجماعات الخاصة ، والثالث مستوى المجتمعات الشاملة : فن الارتباطات
التي تعد نواة الاجتماع الانساني تتكون الجماعات : ومن الجماعات التي تعد
وحدة اجتماعية مركبة تتكون المجتمعات الشاملة (١) ، ودراسة الاجتماع
الانساني باعتباره موضوع النظام القانوني تقتضي أن نعرض لمستويات
هذا الاجتماع حتى نلّين موضعها من النظام القانوني .

المبحث الأول

مستوى الارتباطات الاجتماعية

تقسيم :

٣٣ - تعد الارتباطات الاجتماعية نواة الاجتماع الانساني الأولية
الجوهرية . فبدون هذه الارتباطات الاجتماعية لا يمكن أن يقوم اجتماع
انساني . وتنقسم هذه الارتباطات إلى نوعين : ارتباط انتهائي يقوم بين
الشخص ووحدة ينتمي إليه ، وارتباط غيري أو تقابلي بين شخص وآخر

(١) نظري ذلك ، جيرفتش - النزعات الحالية لعلم الاجتماع ج ١ ص ١٦ ، ص ١٢٨ .

بعد غيراً بالمقابلة له أو بين وحدة وأخرى مقابلة لها . وسوف نعرض
أولا للارتباط الانتهائى ، ثم نعرض ثانياً للارتباط العبرى أو التقابلى .

أولا : الارتباط الانتهائى :

٣٤ - إذا قلت نحن القانونيون أو نحن الأساتذة أو نحن المسلمون
أو نحن الآباء ، كان معنى ذلك أننى واحد من كل أئتمنى إليه . الواحد
هو «أنا» القانونى أو الأستاذ أو المسلم أو الأب ، والكل هو «نحن» القانونيون
أو الأساتذة أو الآباء . وبين الواحد والكل يقوم نوع من الارتباط
يتميز بأنه ارتباط انتهائى ، لأنه يربط بين الفرد ووحدة اجتماعية أولية
ينتمى إليها (١) .

٣٥ - وفى داخل كل مجتمع نجد العديد من تلك الارتباطات
الانتهائية ، ومن عمة العديد من الوحدات الاجتماعية الأولية التى ينتمى إليها
الأفراد . هذه الوحدات الأولية التى تنتمى بدورها إلى وحدات اجتماعية
مركبة هى الجماعات التى تحقق التماسك والتوازن بين ما تضمه من وحدات
أولية متقابلة ومتنازعة ، فإذا كان يبدو أن هناك تقابلا وتنازعا بين الفرد
والمجتمع ، فإن هذا التقابل والتنازع ليس فى الحقيقة بين الفرد
والمجتمع وإنما بين الوحدات الاجتماعية التى ينتمى إليها الأفراد (٢) .

٣٦ - ويتوقف الارتباط الانتهائى ، وبالتالي قيام وحدة اجتماعية
أولية ، من ناحية على وجود مشابة ومخالفة بين مجموعة من الأفراد ،
ومن ناحية أخرى على احراك الأفراد لذلك الانتهاء (٣) .

(١) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ١٤٣ .

(٢) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ١٢٨ ، ١٢٣ ، ١٤٩ .

(٣) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ١٣٥ - ١٣٨ .

فن ناحية ، يتوقف الارتباط الانتائى على وجود مشابهة ومخالفة بين عدد من الأفراد حتى يمكن أن تتكون منهم وحدة اجتماعية أولية ينتمون إليها . فالأفراد الذين يشبه بعضهم بعضاً إلى حد ما هم الذين يمكن أن تتكون منهم وحدة اجتماعية ينتمون إليها لما يوجد بينهم من مشابهة لا تصل إلى حد التطابق وإنما تترك مجالاً للمخالفة بينهم ، هذه المخالفة التى تحقق التكامل بين من ينتمون إلى الوحدة الاجتماعية ، والتى لولاها ما أمكن التمييز بينهم .

ومن ناحية ثانية ، يتوقف الارتباط الانتائى على قيام ادراك جماعى لهذا الارتباط . فبدون ادراك الأفراد لانتمائهم إلى وحدة اجتماعية لا يمكن أن يوجد ارتباط لهم بها . إلا أنه لا يلزم أن يكون ذلك الادراك فعلياً ، وإنما يستوى أن يكون فعلياً أو غير فعلى إيجابى أو سلبى . بل أن أغلب الوحدات الاجتماعية الأولية ما يكون ادراك الانتماء إليها مضمراً غير فعال .

٣٧ - وللارتباط الانتائى ثلاثة مستويات : الأول ، يكون فيه الارتباط ضعيفاً والانتماء سطحياً . والثانى ، يكون فيه الارتباط متوسطاً والانتماء نسبياً . والثالث ، يكون فيه الارتباط قوياً والانتماء مطلقاً (١) .

وباختلاف درجة ارتباط الفرد وانتمائه لوحدة اجتماعية أولية تختلف علاقته بها من حيث استجابته لها أو ضغطها عليه . فدرجة الارتباط الانتائى تتناسب تناسباً عكسياً مع درجة استجابة الفرد إلى الوحدة الاجتماعية الأولية التى ينتمى إليها ، بينما تتناسب تناسباً عكسياً مع درجة ضغط هذه الوحدة على من ينتمون إليها . فإذا كان الارتباط ضعيفاً

(١) أنظر ، جيرنثس - المرجع السابق ص ١٣٤ .

كانت استجابة الفرد ضعيفة والضغط عليه قوياً : وإذا كان الارتباط قوياً كانت استجابة الفرد قوية والضغط عليه ضعيفاً ، أما إذا كان الارتباط متوسطاً فإن كلا من استجابته والضغط عليه يكون متوسطاً (١) . ولهذا فإن التحكم الاجتماعى فى الفرد لا يظهر الا فى حالة واحدة هى حالة ما إذا كان ارتباطه بالوحدة الاجتماعية الأولية التى ينتمى إليها ضعيفاً :

٣٨ - وللارتباط الانتهاى انعكاساته على النظام القانونى : هذه الانعكاسات التى منها ما يرد على نطاق هذا النظام القانونى ، ومنها ما يرد على العلاقات التى يحكمها والقواعد التى يتضمنها (٢) .

فمن هذه الانعكاسات ، أن الارتباط الانتهاى يدخل فى نطاق النظام القانونى إذا توافر فى الوحدة الاجتماعية الأولية التى ينتمى إليها عدد من الأفراد عدد من الشروط . هذه الشروط هى : أن تكون هذه الوحدة ايجابية ، على درجة كافية التماسك ، واعية بوجودها وبالعامل على تحقيق نوع من العدل ، قادرة على محاسبة الخارجين عليها .

ومن تلك الانعكاسات ، أن العلاقات التى يحكمها النظام القانونى والقواعد التى يتضمنها تنقسم إلى علاقات وقواعد جماعية وعلاقات وقواعد فردية أو تقابلية . فالعلاقات القانونية المنبثقة عن الارتباط الانتهاى والقواعد القانونية التى تحكمها تعد علاقات وقواعد جماعية بالمقابلة إلى غيرها من العلاقات والقواعد التى تعد علاقات وقواعد فردية أو تقابلية : ومن تلك الانعكاسات ، أن الوحدات الاجتماعية الأولية التى يرتبط

(١) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ١٤٦ - ١٤٨ .

(٢) أنظر ، جيرفتش - مطول علم الاجتماع ج ٢ ص ١٩٢ .

بها الأفراد ارتباطاً انتائياً يمكن أن تكون اطاراً لقيام عرف خاص يعد مصدراً من مصادر قواعد النظام القانوني :

ثانيا : الارتباط التقابلي :

٣٩ - إذا قلنا هذا ابن وذاك أب ، هذا دائن وذاك مدين ، أو قلنا هؤلاء طلبة كلية الحقوق وأولئك طلبة كلية التجارة ، وهؤلاء عمال وأولئك أصحاب أعمال ، فالتقابل بذلك بين فردين أو مجموعتين من الأفراد يقوم بينهم نوع من الارتباط الاجتماعي يتميز بأنه ارتباط تقابلي أو غيرى وتعد الروابط المنبثقة عنه روابط تقابلية أو غيرية لأنها بين طرفين متقابلين أو متقابلين (١) .

٤٠ - ويتوقف الارتباط التقابلي على ادراك كل من طرفيه للآخر ادراكاً فعالاً أو مضمراً . كذلك يتوقف هذا الارتباط التقابلي على وجود أساس للمقابلة وآخر للارتباط :

أما أساس التقابل بين طرفين فهو اختلاف الوحدة الاجتماعية التي ينتمى إليها أحدهما عن الوحدة التي ينتمى إليها الآخر . فالتقابل بين طلبة الحقوق وطلبة التجارة أساسه انتهاء الأولين إلى وحدة الحقوقيين وانتهاء الآخرين إلى وحدة التجاريين . ولهذا يفترض الارتباط التقابلي وجود وحدات اجتماعية تعد اطاراً له (٢) .

وأما أساس الارتباط بين طرفين متقابلين فهو وجود وجه من أوجه التوافق أو الالتقاء يربط بينهما . وهذا ما قد يرجع إلى أنه في نفس الوقت الذي ينتمى فيه طرفان إلى وحدتين اجتماعيتين مختلفتين ، فإنهما ينتميان

(١) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ١٢٨ .

(٢) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ١٣٩ ، ١٨٩ .

معاً إلى وحدة اجتماعية ثالثة ، كما هو الشأن في انتهاء طلبية الحقوق وطلبية التجارة إلى وحدة اجتماعية تجمعهما هي وحدة الطلبية . ومهما بلغ مدى التقابل بين طرفين ، وحتى إذا وصل إلى حد التضاد ، فإن التقائهما في نقطة معينة يقيم بينهما ارتباطاً تقابلياً . فالمتنافسان أو الخصمان يرتبطان ارتباطاً تقابلياً لأنهما يلتقيان حول ما يتنافسان فيه أو يختصمان عليه (١) .

٤١ - ومن حيث المضمون ، ينقسم الارتباط التقابلي إلى ترابط تقاربي وترابط تباعدي وترابط مختلط (٢) .

فأما الترابط التقاربي ، فيقوم بين طرفين لا ينفي تقابلهما تقاربهما ، كما هو الشأن في ترابط الأب والأب ، الزوج والزوجة ، الأخ والأخت ، وتنعكس طبيعة هذا الترابط التقاربي على ما قد تنبثق عنه من علاقات قانونية بحيث تعد هذه العلاقات علاقات ذات طبيعة شخصية .

وأما الترابط التباعدي ، فيقوم بين طرفين لا ينفي ارتباطهما تباعدهما وتضادهما ، كما هو الشأن في رابطة الخصومة ورابطة المنافسة . وهذا ما ينعكس على ما ينبثق عن الترابط التباعدي من علاقات قانونية بحيث تعد علاقات تضاد .

وأما الترابط المختلط ، فيقوم بين طرفين بينهما قدر من التقارب وقدر من التباعد ، كما هو الشأن في المعاولات التي يوجد بين طرفيها قدر من التقارب مرده ما تحققه لكل منهما من مصلحة ، وقدر من التباعد مرده اختلاف مصلحة أخذها عن مصلحة الآخر . ولهذا فإن ما ينبثق عن الترابط المختلط من علاقات قانونية تكون له طبيعة متميزة عن سواء من العلاقات القانونية التي يحكمها النظام القانوني .

(١) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ١٨٩ .

(٢) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ١٨٩ - ١٩٣ .

٤٢ - ومن حيث الأطراف ، ينقسم الارتباط التقابلي إلى ارتباط فردى وارتباط جماعى (١) . فقد يكون هذا الربط بين فرد وآخر ، وعندئذ يعد ارتباطاً فردياً ، وقد يكون ذلك الارتباط بين وحدة اجتماعية وأحد الأفراد أو بين وحدة اجتماعية وأخرى ، وعندئذ يعد ارتباطاً جماعياً .

وينبنى على هذا التقسيم ، من الناحية القانونية ، أن الاتفاقات القانونية التى تنبثق عن الارتباط التقابلي تنقسم إلى اتفاقات فردية كما هو الشأن فى عقد العمل الفردى الذى يربط بين عامل وصاحب عمل ، واتفاقات جماعية كما هو الشأن فى العقد الجماعى المنظم للعمل الذى يربط بين عمال منشأة وصاحبها . ولكل من هذين النوعين من الاتفاقات تنظيم قانونى مختلف اختلافاً جوهرياً مرده أن أحدهما اتفاق فردى والآخر اتفاق جماعى (٢) .

٤٣ - ومن حيث الفاعلية ، ينقسم الارتباط التقابلي إلى ارتباط تقابلي ايجابى يقوم تفاعل بين أطرافه ، وتربط تقابلي سلبى يظل أطرافه فى حالة سكون (٣) . ولهذا التقسيم انعكاسه على النظام القانونى . ذلك أن الربط الإيجابى هو وحده الذى تنبثق عنه علاقات قانونية يحكمها النظام القانونى . أما الربط السلبى فيعد مجدياً من الناحية القانونية ، إذ لا تنبثق عنه علاقات قانونية (٤) .

(١) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ١٤٥ .

(٢) أنظر ، جلال المدنى - قانون العمل ، الاسكندرية ١٩٦٨ ، ص ١٩٨ - ٢١١ .

(٣) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ١٩١ .

(٤) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ١٨٧ ، وأيضاً مطوله فى علم الاجتماع ج ٢ ص ١٩٢ .

هذا عن الترابط التقابلي ، عرضنا له بعد أن عرضنا للترابط الانتمائي :
وبذلك نكون قد فرغنا من التعرض لنوعى الارتباطات الاجتماعية التى تعد
نواة الاجتماع الانسانى . والمستوى الأول من مستوياته . ومن هذا ننقل
إلى المستوى الثانى من مستويات الاجتماع الانسانى وهو مستوى الجماعات
الذى يعد المستوى الأوسط من مستويات ذلك الاجتماع .

المبحث الثانى

مستوى الجماعات

تقسيم :

٤٤ - نقتضى دراسة الجماعات ، باعتبارها إحدى مستويات
الاجتماع الانسانى الذى يعد موضوع النظام القانونى ، وفى الحدود التى
تتطلبها دراستنا لذلك الاجتماع كـ موضوع لذلك النظام ، أن نبدأ أولاً بتحديد موضع
الجماعات فى الاجتماع الانسانى ، ثم نعرض ثانياً لموضعها فى النظام القانونى .

١ - موضع الجماعات فى النظام القانونى

٤٥ - إذا نظرنا من خلال العدسة الاجتماعية وجدنا أن الأفراد
الذين ينتمون إلى وحدات اجتماعية أولية يعودون فينتمون إلى وحدات
اجتماعية مركبة ولكن جزئية . هذه الوحدات الاجتماعية المركبة الجزئية
هى الجماعات : الجماعات المحلية والجماعات الخاصة .

فكل من الجماعات المحلية والجماعات الخاصة هى وحدات اجتماعية
مركبة ، لأن أفرادها ينتمون إلى عدة وحدات اجتماعية أولية ويرتبطون
بعدة روابط اجتماعية تقابلية ، بحيث تجتمع داخل الجماعة مجموعة من

الارتباطات الاجتماعية الانثائية والتقابلية (١) . وهذا هو الشأن في القرى والمدن التي تعد جماعات محلية ، كما هو الشأن في النوادي والجمعيات التي تعد جماعات خاصة .

وكل من الجماعات المحلية والجماعات الخاصة هي وحدات اجتماعية جزئية لأنها تعد أجزاء من وحدة اجتماعية أشمل هي المجتمع (٢) الذي يضم العديد من تلك الجماعات المحلية والخاصة (٣) : فالقرى والمدن والنوادي والتقايات تنتمي إلى مجتمع شامل ينسق بينها ويحقق تماسكها .

ولهذا فان الجماعات تعد المستوى الأوسط من مستويات الاجتماع الانساني لأنها تقع بين مستوى الترابطات الاجتماعية ومستوى المجتمع الشامل .

٤٦ - والجماعات التي تشغل ذلك الموضع في الاجتماع الانساني لها عدة مقومات يتوقف عليها قيامها (٤) . فلا يكفي لقيام جماعة من الجماعات مجرد تشابه أو تجمع عدد من الأفراد ، وإنما يلزم لذلك : أولاً ، أن تكون لمجموعة من الأفراد مواقف جماعية متميزة ، وثانياً ، أن تعمل هذه المجموعة من الأفراد على تحقيق مصالح مشتركة محلية أو تخصصية ، وثالثاً ، أن تكون تلك المجموعة من الأفراد قابلة لأن تشكل وحدة اجتماعية هيكلية .

٤٧ - فأول ما يلزم لقيام جماعة من الجماعات هو أن تسود بين

(١) أنظر جيرفتش - المرجع السابق ص ٢٩٤ .

(٢) أنظر ، جيرفتش - الموضع السابق .

(٣) أنظر عاطف غيث - علم الاجتماع ص ٢٢٥ ، ٢٥٢ .

(٤) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ٢٩٤ - ٣٠٨ .

مجموعة من الأفراد مجموعة من المواقف المشتركة المتميزة التي تدفعهم إلى سلوك مسلك اجتماعي معين أو القيام بأدوار اجتماعية معينة . فهذه المواقف المشتركة المتميزة تعد إحدى مقومات الجماعة التي تجعل منها وحدة اجتماعية قادرة ، إما على أن تخلق لنفسها بعض الأنماط أو الرموز أو القيم الاجتماعية ، وإما على تعديل بعض الأنماط والرموز والقيم التي تتلقاها من المجتمع الذي تعد جزءاً منه (١) .

٤٨ - وثاني ما يلزم لقيام جماعة من الجماعات هو أن تعمل مجموعة من الأفراد على تحقيق مصالح مشتركة محلية أو تخصصية . وهذا ما ترجع إليه المواقف المشتركة المتميزة التي تسود بين أفراد الجماعة ، وما يقتضى أن تكون هذه المواقف إيجابية متصلة ، وما يميز الجماعة عن المجتمع .

فمن ناحية ، ترجع المواقف المشتركة التي تميز أفراد الجماعة إلى أن هؤلاء الأفراد يعملون على تحقيق مصالح مشتركة محلية أو تخصصية . فلولا هذه المصالح المشتركة ما كانت تلك المواقف المشتركة ، وبالتالي ما تكونت من تلك المجموعة من الأفراد جماعة من الجماعات .

ومن ناحية أخرى ، يقتضى العمل على تحقيق مصالح مشتركة أن تكون مواقف أفراد الجماعة المشتركة مواقف إيجابية متصلة . فبدون هذه الإيجابية وهذا الاتصال لا يمكن تحقيق تلك المصالح . ولهذا لا تعد الجماعات مجموعات الأفراد الذين يشتركون في نوع من أنواع المعرفة أو التقاليد أو الذكريات ما دامت ليست لهم مواقف إيجابية متصلة (٢) .

(١) أنظر ، جيرفثس - المرجع السابق ص ٣٠٥ - ٣٠٦ .

(٢) أنظر ، جيرفثس - المرجع السابق ص ٣٠٥ - ٣٠٧ .

ومن ناحية أخيرة ، يميز العمل على تحقيق مصالح مشتركة محلية أو متخصصة للجماعة عن المجتمع (١) . فالجماعة المحلية تتميز بأنها لا تستهدف سوى تحقيق المصالح المشتركة المحلية دون سواها من المصالح المشتركة ، والجماعة الخاصة تتميز بأنها لا تستهدف سوى تحقيق مصلحة مشتركة واحدة أو مصالح مشتركة محددة تخصص في تحقيقها دون سواها من المصالح المشتركة (٢) . أما المجتمع فيستهدف تحقيق كافة المصالح المشتركة دون تفرقة بين مصلحة وأخرى .

٤٩ - وثالث ما يلزم لقيام جماعة من الجماعات هو أن تكون مجموعة الأفراد الذين تجمعهم مواقف ومصالح مشتركة قابلة لأن تشكل وحدة اجتماعية هيكلية . فبدون ذلك لا يتحقق التماسك والاتساق بين المواقف المشتركة والعمل المشترك على تحقيق المصالح المشتركة . وبدون ذلك لا يتحقق الاتساق بين الارتباطات الاجتماعية المتعددة التي يربط بها أفراد الجماعة المنتسبين إلى وحدات أولية مختلفة . وفي ذلك تختلف الجماعات عن الوحدات الاجتماعية الأولية التي لا يمكن أن يكون لها تشكيل هيكل . إلا أنه إذا كان يلزم أن تكون الجماعة قابلة للتشكيل الهيكلي ،

(١) قارن ، جيرفثس - المرجع السابق ص ٣١٣ حيث يرى أن من الجماعات مالا يقتصر على تحقيق مصالح محلية أو تخصصية كالطبقات الاجتماعية . ويرتبط ذلك بما يتجه إليه من أن الدولة لا تمثل مجسماً وإنما مجرد جماعة داخل مجتمع الأمة تمثل على تحقيق مصالح محددة . وهذا مالا يمتنع أن نسلم به . فن ناحية . يبدو لنا أنه إذا كانت الطبقة الاجتماعية تمثل على تحقيق جميع مصالح أفرادها الطبقية ، فإنها لا تمثل على تحقيق ما لهم من مصالح باعتبارهم أفراداً ممتنعاً أو مجتمع معين . ومن ناحية أخرى ، يبدو لنا أنه إذا كانت الدولة لا تختلط بالمجتمع الذي تندمج مع تنظيم سياسي له ، فإنها لا تندمج مع ذلك مجرد جماعة من الجماعات المتعددة التي يضمها المجتمع وإنما الشكل السياسي لهذا المجتمع .

(٢) أنظر ، عاطف غيث - المرجع السابق ص ٢٥٣ .

قانه لا يلزم أن تكون منظمة (١) . فن الجماعات ما هو غير منظم (٢) ، كما هو الشأن في بعض المهن التي لا يحول عدم تنظيمها دون قابليتها لتشكيل هيكل اجتماعي ، ومن ثمة لا يحول دون اعتبارها جماعات (٣) .

§ ٢ - موضع الجماعات في النظام القانوني

٥٠ - في القرنين السابع عشر والثامن عشر ساد الاتجاه إلى عدم اعتراف النظام القانوني بأية جماعة تتوسط بين الفرد والمجتمع الشامل ممثلاً في مجتمع الدولة . وكان ذلك تحت تأثير ما وصل إليه نظام الطوائف من فساد حتم القضاء عليه . إلا أنه بعد ظهور الجماعات الاقتصادية الحديثة في القرن التاسع عشر وما احتلته من مكان ومكانة في المجتمع تحولت الأنظمة القانونية إلى الاعتراف بالجماعات (٤) .

٥١ - واعتراف النظام القانوني بالجماعات مقيد بعدم تعارضها مع مبادئه ، ولهذا توجد جماعات معترف بها وجماعات غير معترف بها بل على العكس غير مشروعة (٥) . واعتراف النظام القانوني بالجماعات قد يصل إلى الاعتراف للجماعة بشخصية قانونية مستقلة كما هو الشأن بالنسبة للشركات ، وقد لا يصل إلى الاعتراف للجماعة بمثل هذه الشخصية

(١) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ٣٠٧ - ٣٠٨ . وقارن عاطف غيث - المرجع السابق ص ٢٥٣ .

(٢) أنظر ، مصطفى الحشاب - علم الاجتماع ومدارسه ج ٢ ص ١٠٧ ، وقارن ، عاطف غيث - علم الاجتماع ص ٣٥٣ .

(٣) أنظر ، جيرفتش - الموقع السابق .

(٤) أنظر ، جيرفتش - المرجع السابق ص ٢٩٠ . ديلوجو - التشريع الجنائي وتطبيقه ص ١٠ - ١١ . اسحق - المدخل لدراسة القانون ، بالاشتراك مع دلاموراندير وآخرين ج ١ ص ١٦٥ .

(٥) أنظر ، ديلوجو - المرجع السابق ص ٢٠ ف ١٢ .

كما هو الشأن بالنسبة للمشروعات الاقتصادية التي لا تتخذ شكل الشركة .

٥٢ - ومن المحقق أن عرف الجماعة يعد مصدراً لقواعد قانونية تختص بها الجماعة . فالعرف ، الذي يعد من مصادر القانون ، والذي يتولد عن اضطراد العمل بقاعدة معينة مع الإعتقاد بوجود الإلزام على تطبيقها ، قد يكون عرفاً عاماً وقد يكون عرفاً محلياً أو مهنيّاً يسود في جماعة محلية أو مهنية لا في المجتمع بأسره .

٥٣ - ولكن هل يمكن أن تنشأ داخل الجماعات قواعد قانونية أخرى غير عرفية يكون مصدرها مصدراً آخر غير العرف الجماعي ؟
فمثلاً هل تعد القواعد العامة التي تتضمنها القرارات النقابية أو العقود الجماعية المنظمة للعمل قواعد قانونية صادرة عن سلطة جماعية أو عن اتفاق جماعي ؟ (١)

هذا ما اختلف حوله الرأي بين تأييد ونفي . فوالذي يستند إليه هذا النفي ؟ أيستند إلى أن مثل تلك القواعد الجماعية لا تتوافر لها مقومات القاعدة القانونية ، أم يستند إلى أن مصادرها ليست من المصادر الرسمية للقواعد القانونية ؟

فأما الاستناد إلى أن مثل تلك القواعد الجماعية لا تتوافر لها مقومات القاعدة القانونية ، فهو ما نستبعده كل الاستبعاد . فمن ناحية ، تسري تلك القواعد الجماعية على أشخاص غير محددين بالذات وإنما يصفه معينة هي أنهم أعضاء في جماعة معينة ، وبذلك يتوافر لتلك القواعد الجماعية ما تتصف به القواعد القانونية من عموم يقصد به سريانها على أشخاص

(١) أنظر ، جلال المدني - قانون العمل ، الإسكندرية ١٩٦٨ ص ١٥٦ وما بعدها .

محددتين بالصفة لا بالذات (١) . ومن ناحية أخرى ، يسود الاعتقاد بوجود الاجبار على تطبيق تلك القواعد الجماعية ، هذا الاعتقاد الذى يعد جوهر القاعدة القانونية الذى يميزها عما عداها من قواعد .

وأما الاستناد إلى أن مصدر تلك القواعد ليس من المصادر الرسمية للقواعد القانونية ، فهو ما لا يستقيم الا مع المذاهب الشكلية التى ترد القوة الملزمة للقاعدة القانونية إلى سلطة الدولة التى تعبر القاعدة عن إرادتها ومشيتها (٢) ، وهذا ما يستلزم أن يكون مصدر القاعدة القانونية مصدراً رسمياً هو التشريع أو ما يحيل إليه من مصادر تستمد صفتها الرسمية من هذه الاحالة . ولو أن ذلك صحيح لصح أن ننفي وجود مصادر للقواعد القانونية ليست لها صفة رسمية تستمدها من احالة التشريع اليها . ولكن ذلك أبعد ما يكون عن الصحة . وليس أدل على ذلك من أن العرف الذى تقول المذاهب الشكلية بأنه يستمد قوته الملزمة من احالة التشريع اليه كان سابقاً على هذا التشريع ، بل وسابقاً على النولة (٣) . وهذا ما سبق أن أشرنا اليه (٤) . وما أيدته الدراسات الاثنولوجية التى كشفت عن أن القانون نشأ خارج الدولة (٥) .

(١) أنظر ، جلال المدنى - المرجع السابق ف ١٨٤ - ١٨٥ ص ١٥٦ - ١٥٧ .

(٢) أنظر فى عرض هذه المذاهب ، حسن كير - أصول القانون ط ٢ ف ٤٩ ص ١٠٧ . ديولوجو - المرجع السابق ص ٣ .

(٣) أنظر فى ذلك ، حسن كير - المرجع السابق فى ١٥٦ ص ٣٤٩ .

(٤) أنظر ما تقدم ف ٢٤ .

(٥) أنظر فى ذلك ، مالمونفسكى - الجريمة والعرف فى المجتمع البدئى ، أشار اليه ديولوجو فى المرجع السابق ص ٧ .

. ولهذا اضمحلت المذاهب الشكلية (١) وتغلبت عليها المذاهب الموضوعية التي تذهب إلى أن القاعدة القانونية لا تستمد قوتها الملزمة من سلطة الدولة باعتبارها إرادتها ومشيتها وإنما من أسس أخرى واقعية أو مثالية أو مختلطة (٢). ولهذا ، أيضاً ، لم يعد ثمة وجه لاستلزام أن يكون مصدر القاعدة القانونية مصدراً رسمياً يحيل إليه المشرع ، وبالتالي لم يعد ثمة ما يستند إليه نفي الصفة القانونية عن القواعد العامة غير العرفية التي تنشأ داخل الجهات ما دام يسود الاعتقاد بوجوب الإلزام على تطبيقها ، وهذا ما تؤكد المذاهب الواقعية ، وما لا يتناقض مع المذاهب المثالية والمختلطة .

فالمذاهب الواقعية تؤكد ذلك لأنها تؤسس القانون على ما تتضمنه الحياة الاجتماعية من حقائق واقعية . فوفقاً للمذهب التاريخي ليس القانون سوى القواعد السائدة التي تسجلها الملاحظة وتعززها التجربة (٣) ، ووفقاً للمذاهب الاجتماعية يعد القانون وليد وقائع اجتماعية (٤) تصفها بعض هذه المذاهب بأنها وقائع قاعدية (٥) . ووفقاً للمذاهب النظامية Théories Institutionnelles يستند القانون وينبع من ضرورة التنظيم

(١) أنظر فيما يلي من مذاهب الشكلية ، مارتى وريغو - القانون المدني ج ١ ف ٢٢ ص ٣٤-٣٦ . وأنظر في لقدها ، روييه - النظرية العامة للقانون ص ٥٥ - ٦٠ ، ص ٦٦ - ٧٣ .

(٢) أنظر في عرض المذاهب الموضوعية ، مارتى وريغو - المرجع السابق ف ٢٢ - ٢٦ ص ٣٧ - ٤٣ ، روييه - المرجع السابق ص ١٣٣ وما بعدها .

(٣) أنظر في عرض هذا المذهب ، روييه - المرجع السابق ص ١٤١ - ١٤٥ وخاصة ص ١٤٤ .

(٤) أنظر في عرض هذه المذاهب ، روييه - المرجع السابق ص ١٥٤ وما بعدها .

(٥) أنظر في ذلك ، جيرفكس - مطلق علم الاجتماع ج ٢ ص ١٨٩ .

الاجتماعى (١) . فكل من هذه المذاهب يؤكد أن القواعد الضرورية
التي يسود تطبيقها في جماعة من الجماعات تعد قواعد قانونية أيا ما كان
مصدرها .

كذلك ليس في المذاهب المثالية أو المختلطة ما يتنافى مع اعتبار تلك
القواعد الجماعية قواعد قانونية . صحيح أن ممن يذهبون مذهباً مختلطاً
من يتجه إلى أن القاعدة القانونية تحتاج إلى قوة الزام إيجابية تفرضها على
الأفراد وتكفل احترامها عن طريق الاجبار المادى ، أى أنها تحتاج إلى
سلطة تعطيها القوة الملزمة في العمل وتجعل منها قاعدة وضعية ترصد الدولة
قوتها المادية على كفالة اجبارها (٢) . ولكن الواقع ان هذا الاتجاه مبناه
اعتبار الجزاء أو الاجبار المادى الذى تكفله السلطة العامة عنصراً من عناصر
القاعدة القانونية . وهذا ما نستبعده اكتفاء بقيام اعتقاد
جماعى بوجوب الاجبار على تطبيق القاعدة . هذا فضلاً عن أن
من يتجه إلى ذلك يسلم بأن العرف كمصدر للقواعد القانونية تكون له
قوة الزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحمم وجوده (٣) .
وهذا ما يدل على أن القاعدة لا تعد قاعدة قانونية لأن الدولة تكفل
احترامها ، وانما على العكس من ذلك تكفل الدولة احترام النزاعة
لأنها قاعدة قانونية . ولاشك أن ما ينشأ داخل الجماعات من قواعد يسود
الاعتقاد بوجوب الاجبار على تطبيقها تكون له قوة الزام ذاتية ، ومن ثمة

(١) أنظر في عرض هذه المذاهب ، ديولوجو - المرجع السابق ص ١٠ - ١٦ . دى باسكيه -

ممثل للتظرية العامة ولفلسفة القانون ط ٣ ف ٢٧٩ ص ٢٥٦

(٢) أنظر ، حسن كيره - المرجع السابق في ١١٢ ص ٢٥٣ .

(٣) أنظر ، حسن كيره - المرجع السابق ف ١٦٨ ص ٣٥٤ .

تعد قواعد قانونية يجب على السلطة العامة أن تكتفل تطبيقها ما دامت لا تتعارض مع تشريعاتها .

٥٤ - وإذا كانت الجماعات يمكن أن تكون لها قواعدها القانونية التي تصدر عن مصادرها الجاعية العرفية وغير العرفية ، فإن ذلك لا يصدق على مختلف الجماعات . فلكي يكون للجماعة مثل تلك القواعد يازم أن تصل إلى تشكيل ببنان هيكلي . فبدون ذلك لا يمكن أن تكون للجماعات قواعدها القانونية التي تصدر عن مصادرها الجاعية . كذلك يتفاوت ما تنتجه هذه المصادر للجماعات من قواعد قانونية خاصة بها باختلاف هذه الجماعات . فما تنتجه الجماعات المحلية والاقتصادية من قواعد قانونية يفوق ما تنتجه الجماعات الأسرية أو الدينية . وما تنتجه الجماعات الإرادية من قواعد قانونية يفوق ما تنتجه الجماعات الإلزامية من هذه القواعد (١) .

٥٥ - وثمة اتجاه إلى أن من الجماعات ما لا يقف عند مجرد أن تكون له قواعده القانونية التي تنبع من داخله ، وإنما يصل إلى أن يكون له نظامه القانوني الذي يقوم بجانب النظام القانوني للمجتمع أو الدولة ، مما يؤدي إلى تعدد الأنظمة القانونية في المجتمع الواحد أو الدولة الواحدة (٢)

ويطلق من يتجهون هذا الاتجاه على تلك الجماعات اسم الأنظمة Institutions ، ويمثلون لها بالنقابات والجمعيات . وهم يحدونها ، على

(١) أنظر ، جيرفتش - معول علم الاجتماع ج ٢ ص ١٩٤ - ١٩٥ .

(٢) أنظر في ذلك ، ديلوجو - المرجع السابق ص ٦ ، ص ١٠ وما بعدها .

وقارن ، دوييه - المرجع السابق ص ١٧ وما بعدها حيث يرى أن الأنظمة من صنع القانون الوضعي وليست من معطيات الواقع .

اختلاف بينهم ، بأنها تلك التى تتوافر فيها عدة خصائص هى التنظيم :
العضوى ، والعمل المشترك ، والاستمرار (١) .

ويقتضى ما يودى اليه هذا الاتجاه من تعدد الأنظمة القانونية داخل
المجتمع أو الدولة تحديد صلة هذه الأنظمة المتعددة ببعضها . ولما كان
استقلال هذه الأنظمة لا يمكن أن يكون مطلقاً ، فإنهم يقيدهونه بقيدين :
الأول ، هو التقييد اللدائى الذى يتحقق إذا لم يتعرض نظام قانونى لما يتعرض
له نظام آخر ، أو إذا أحال نظام قانونى إلى آخر فى خصوص موضوع
معين . والثانى ، هو التقييد التدرجى الذى بمقتضاه تدرج الأنظمة القانونية
فيها بينها حسب قوتها ، بحيث تغلب قواعد النظام الأقوى على قواعد
النظام الأدنى إذا لم يعمل هذا النظام على أن تكون قواعده موافقة
لقواعد النظام الذى يعلوه (٢) .

وذلك ما لا يسعنا أن نسلم به . فالواقع أن الجماعة العضوية لا يكون لها
نظامها القانونى وإنما يكون لها تنظيمها القانونى . والفارق بين النظام
القانونى والتنظيم القانونى هو الفارق بين المجتمع الشامل والجماعة التى تعد
جزءاً منه . فالنظام القانونى نظام كل يحكم مجتمعاً شاملاً ، أما التنظيم
القانونى فتتظيم خاص يحكم جماعة مخصوصة تعد جزءاً من المجتمع الشامل .
وكما أن الجماعة لا تعد مجتمعاً فإن تنظيمها القانونى لا يعد نظاماً قانونياً ،
وإنما جزءاً من نظام قانونى كل .

(١) أنظر فى عرض فكرة الأنظمة ، بونكاكز - المدخل لدراسة القانون ط ٣ ف ٦٢ وما

يهدا ص ٨٠ وما بعدها . ديولوجو - المرجع السابق ص ١١ - ١٥ .

(٢) أنظر ، ديولوجو - المرجع السابق ف ١٠ - ١٢ ص ١٧ - ٢٠ .

وينبئ على ذلك ، أولاً ، أن الأنظمة القانونية لا تتعدد في المجتمع وإنما يوجد في المجتمع الواحد نظام قانوني واحد تتعدد تنظيماته بتعدد ما يضمه من جماعات .

وينبئ على ذلك ، ثانياً ، أن النظام القانوني الذي يحكم مجتمعاً من المجتمعات لا يسرى في الأصل على مجتمع آخر يحكمه نظام قانوني آخر إلا إذا أحال أحدهما إلى الآخر ، كما هو الشأن في إحالة النظام القانوني المصري إلى النظام القانوني الإسلامي بالنسبة لبعض علاقات الأحوال الشخصية أو إلى نظام قانوني أجنبي بالنسبة للعلاقات ذات العنصر الأجنبي . ومثل هذه الاحالة لا تنفي بحال أن المجتمع يحكمه نظام قانوني واحد هو هو الذي أحال إلى نظام قانوني آخر .

وينبئ على ذلك ، ثالثاً ، أن العلاقة بين النظام القانوني الكلي للمجتمع والتنظيمات الخاصة بما يضمه من جماعات هي نفس العلاقة بين المجتمع وجماعاته التي تمد علاقة كل بأجزائه . فبقدر ما ترتبط الأجزاء بالكل الذي تنتمي إليه ترتبط التنظيمات الخاصة بالجماعات بالنظام القانوني الكلي للمجتمع . وبقدر ما تؤثر الأجزاء في الكل الذي يضمها يقدر ما تؤثر التنظيمات الخاصة بالجماعات في النظام القانوني الكلي للمجتمع .

المبحث الثالث

مستوى المجتمعات

تعديد

٥٦ - من مجموع الارتباطات الاجتماعية الأولية والجماعات المركبة يتكون مستوى اجتماعي أوسع هو مستوى المجتمعات (١) التي تتكون منها مجموعة عالمية تحيط بالاجتماع الانساني في كافة مستوياته .

(١) أنظر تعريفات متعددة للمجتمع في : عاطف غيث - علم الاجتماع ص ٢١٤ - ٢٢٢ .

ولذا كانت المجتمعات تفترض قيام وحدات اجتماعية أولية ومركبة يتألف منها بنائها ، فان هذه الوحدات الاجتماعية الأولية والمركبة تفترض قيام مجتمع يولف بينها ويعمل على توازنها كما يحقق تماسكها (١) .

والشمول هو الخصيصة الجوهرية التي تميز المجتمعات عن الجماعات التي تقوم بداخلها (٢) ، فالمصالح التي تعمل المجتمعات على تحقيقها تشمل كافة المصالح الاجتماعية (٣) . والتفاعل الذي يقوم داخل المجتمعات يشمل كافة أوجه التفاعل الاجتماعي . والثقافة التي توحد بين أفراد المجتمع ووحداته تشمل كافة جوانب الثقافة الاجتماعية (٤) .

٥٧ - ودراية المجتمعات ، باعتبارها موضوع النظام القانوني ، وفي حدود ما تتطلبه دراستنا للانعكاسات القانونية للاجتماع الانساني ، تقتضي أن نعرض لتحديد موقف القانون بين المجتمع والفرد على ضوء العلاقة التي تقوم بينهما . هذه العلاقة التي تنازعها مذهبان متقابلان : المذهب الفردي الذي يقدم الفرد على المجتمع ، والمذهب الجماعي أو العضوي الذي يقدم المجتمع أو الدولة على الفرد . ويعد أن نعرض لكل من هذين المذهبين ، وعلى ضوء ما سنتبينه من عرضنا لهما وما سنتبين اليه من استبعادهما ، سيمكننا أن نحدد موقفنا وموقف من سبقنا إلى استبعادهما من علاقة الفرد بالمجتمع وعلاقة القانون بهما .

(١) أنظر . جيرفثس - النزعات الحالية لعلم الاجتماع ج ١ ص ٢٩٤ .

(٢) لا يستتبع هذا الشمول اعتبار الدولة مجرد جماعة من الجماعات المتتحدة التي يضمها المجتمع كما ذهب جيرفثس . أنظر ، المرجع السابق ص ٣١٢ - ٣١٣ ، ص ٤٤٦ ، وأيضاً ، مطول علم الاجتماع الذي أشرف عليه وأسهم فيه ج ٢ ص ١٩٥ . والواقع أنه إذا كانت الدولة لا تختلط بالمجتمع فإنها لا تعتمد مع ذلك إحدى الجماعات التي يضمها المجتمع وإنما الشكل السياسي لهذا المجتمع

(٣) أنظر ما تقدم ف ٤٨ .

(٤) أنظر في الشمول الثقافي للمجتمع ، عاطف غيث - المرجع السابق ص ٢٢١ حيث أيد ما تطلبه جونسون في المجتمع من تحول ثقافي .

المطلب الأول

المذهب الفردي (١)

أساس المذهب الفردي :

٥٨ - من أقدم المذاهب التي تتعرض للعلاقة بين الفرد والمجتمع المذهب الفردي ، الذي يقدم الفرد على المجتمع ، والذي لا يرى في المجتمع حقيقة موضوعية نسبق الأفراد في الوجود وتفرض نفسها عليهم . فقوام هذا المذهب أن الفرد لا يستمد وجوده وحقوقه من المجتمع . وإنما المجتمع هو الذي يستمد وجوده وكيانه من الأفراد . فللفرد حقوق طبيعية تقرها الطبيعة ولا يتلقاها من المجتمع : فهو ليس مجرد جزء من كل وإنما هو كل مستقل قائم بذاته ، لأن الطبيعة الانسانية تمنحه من الإرادة والحرية ما يجعله سيد نفسه ومصيرة . وما المجتمع الا وسيلة للتوفيق بين الانسان والانسان وحماية ما يتمتع به كل انسان من حقوق طبيعية . ولهذا فان المجتمع يجب أن يكون في خدمة الفرد ، وليس الفرد هو الذي يكون في خدمة المجتمع .

(١) أنظر في ذلك ، بيدان - القانون الفردي والدولة . باريس ١٨٩١ . هنري ميشيل - فكرة الدولة ، باريس ١٨٩٥ . كانت - المبادئ الميتافيزيقية للقانون ، ترجمة تيسو ص ٤٣ ، ٤٦ . وأنظر في عرض هذا المذهب ومناقشته ، فالين - الفردية والقانون ط ٢ ص ١٩٤٩ . روبييه - النظرية العامة للقانون ط ٢ ف ٢٦ ص ٢٣١ . دي باسكييه - المرجع السابق ف ٢٣١ ص ٢٢٢ . مارق ودينو ج ١ ف ٢٧ ص ٤٤ . دلاجرساي ولاكوست - مقدمة عامة لدراسة القانون ف ٢٨ ص ٢٩ . كاريه Carret - قضية الفردية القانونية رسالة من تولوز ١٩٣٢ . لوفير - القانون الفردي والقانون الجماعي ، أرشيف فلسفة القانون ١٩٣١ ص ٢٧٩ . راد برشت - من القانون الفردي إلى القانون الجماعي ، أرشيف فلسفة القانون ١٩٣١ ص ٣٨٧ . جونو - مبدأ سلطان الإرادة ، ديجون ١٩١٢ . حسن كبير - المرجع السابق ف ٩١ ص ١٩٩ .

٥٩ - ولا يرتبط المذهب الفردى بفكرة العقد الاجتماعى التى تعد مجرد تبرير لشرعية السلطة فى المجتمع السياسى ، والتى محصلها أن الأفراد ولدوا أحراراً متساوين ، وبعد أن عاشوا فى مجتمع الفطرة متمتعين بحقوقهم الطبيعية غير خاضعين لسلطة تحكمهم ، انتقلوا إلى الحياة فى مجتمع سياسى تحكمه سلطة يخضعون لها ، ومثل هذه السلطة لا يمكن أن تكون شرعية إلا إذا استندت إلى عقد انعقد بين أفراد المجتمع ارتضوا بمقتضاه الخضوع لتلك السلطة بعد أن كانوا أحراراً من أية سلطة ، هذا العقد هو الذى يطلق عليه العقد الاجتماعى (١) .

وليس أدل على عدم ارتباط المذهب الفردى بفكرة العقد الاجتماعى من أن من أقطاب هذا المذهب من لا يأخذ بفكرة العقد الاجتماعى بل ينتقدها . فهذا «كونت» ينتقد فكرة العقد الاجتماعى ، وهو الذى يعد من أبرز أنصار المذهب الفردى ، اذ تركز فلسفته على أن الذات هى شرط المعرفة وأن للانسان قيمة ذاتية . ملققة بمبحث بعد غاية فى ذاته (٢) . وهذا «سبنسر» لا يأخذ بفكرة العقد الاجتماعى وانما بفكرة التكوين العضوى للمجتمع وفقاً لنظريته فى النشوء والارتقاء ، وهو مع ذلك يعد من متطرفى المذهب الفردى الذين ينتصرون للفرد ويستنكرون تدخل الدولة فى النشاط الاقتصادى والعمرانى إلى حد أنه قال بأن تدخل الدولة يجلب من المساوىء والاضرار ما يجعله يفضل القوضى رغم ما تنطوى عليه من مساوىء وأخطار (٣) .

(١) أنظر فى ذلك ، فالين - المرجع السابق ص ٩٧ ، ١٠٢ . فريدمان - النظرية القانونية ص ١١٧ - ١١٨ ديلفكيو - فلسفة القانون ، ط ١٩٥٣ ص ٨٣ وما بعدها .

(٢) أنظر قبارى - الاتجاهات المعاصرة فى متاهج علم الاجتماع ، بيروت ١٩٦٩ ص ٤٨٧ .

(٣) أنظر فى ذلك ، روبيه - المرجع السابق ف ٢٧ ص ٢٤٠ . مصطفى الخشاب - علم الاجتماع ج ١ ص ٢١٧ - ٢١٨ .

١٧٤. كذلك ، إذا كان المذهب الفردي يبدأ مرتبطاً بفكرة القانون الطبيعي وما للانسان من حرية وحقوق طبيعية ، فان من يتسبون إلى المذهب الفردي من ينتهى إلى عدم تقيد السلطة الحاكمة بمبادئ القانون الطبيعي .

فهذا هويز يبدأ بأن القانون الطبيعي يقرر للفرد حقاً طبيعياً في المحافظة على بقائه يتساوى فيه مع غيره من الأفراد ، وأن العقل يفرض على الفرد حفاظاً على بقاءه الذى يهدده ما يسود حالة الفطرة من فوضى واقتتال (١) ، أن ينزل بمقتضى عقد اجتماعى عن كل حقوقه نزولاً كاملاً غير مشروط لحاكم يتولى حفظ النظام (٢) . وبذلك ينهى هويز إلى أن تكون سلطة الحاكم سلطة مجالطة لا يحدها القانون الطبيعي (٣) ، وانما يفرض هذا القانون احترامها بما يفرضه من احترام العقد الاجتماعى والوفاء بالعهد المقطوع للحاكم (٤) . وما دام الحاكم قادراً على الحكم وحفظ النظام ، فانه لا يكون للأفراد أى حق تعاقدى أو شبه تعاقدى قبله (٥) . ومن هنا كان الاختلاف حول انتساب هويز إلى المذهب الفردي أو المذهب الجماعى :

(١) أنظر فى ذلك ، بريمو - التيارات الكبرى للفلسفة القانون والنزعة ، باريس ١٩٦٧ ص ١٠٠ - ١٠١ .

(٢) أنظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ١٢١ . ديلفكيو - المرجع السابق ص ٨٤ . دى بلسكيه - المرجع السابق ف ٢٢٩ ص ٢٢٢ . بريمو - المرجع السابق ص ١٠٢ - ١٠٣ .

(٣) أنظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ١٢٢ . حسن كيره - المرجع السابق (٣) أنظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ١٢٢ . حسن كيره - المرجع السابق ص ١٣٣ .

(٤) أنظر فى ذلك ، دى بلسكيه - المرجع السابق ف ٢٢٩ ص ٢٢٢ .

(٥) أنظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ١٢٢ . بريمو - المرجع السابق ص ١٣٠ .

فبينما ينسب البعض إلى المذهب الجماعى استناداً إلى ما ينتهى إليه ، ينسب البعض الآخر إلى المذهب الفردى استناداً إلى ما يبدأ منه (١) .

وهذا روسو يبدأ من أن للأفراد حق طبيعى فى الحرية والمساواة ، وأنه حتى لا تتحكم القوة يفرض العقل أن ينزل الفرد عن حقوقه إلى المجموع الذى يعود فيعطىها للفرد بعد أن تتغير صفتها من حقوق طبيعية إلى حقوق مدنية (٢) . وإذا كان روسو يقصر نزول الفرد عن حقوقه للمجموع على التقدر الذى يهيم هذا المجموع ، فإنه يترك تحديد ذلك لمطلق تقدير السلطة التى تمثل ذلك المجموع (٣) . كذلك إذا كان روسو يرى أن الفرد باطاعته لارادة المجموع إنما يطيع نفسه بحيث يظل حراً كما كان ، فإنه يجعل لهذه الارادة سلطة مطلقة لا يحدها أى مثل أعلى مدعاة أنها لا يمكن أن تخطأ كما لا يمكن إلا أن تكون عادلة (٤) . وبذلك ينتهى روسو إلى عدم تقيد السلطة الحاكمة بالقانون الطبيعى الذى بدأ منه .

وفى ذلك يختلف هوبز وروسو عن لوك الذى يربط بين المذهب الفردى والقانون الطبيعى من البداية إلى النهاية . فالسلطة السياسية ، التى نزل لها الأفراد بمقتضى العقد الاجتماعى عن حقوقهم بالتقدير الذى يقتضيه

(١) أنظر فى ذلك ، بريمو - المرجع السابق ص ١٠٣ - ١٠٤ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ١٠٦ .

(٣) أنظر فى ذلك ، دى باسكيه - المرجع السابق ف ٢٣٤ ص ٢٢٥ . حسن كبير - المرجع السابق ص ١٣٥ .

(٤) أنظر فى ذلك ، دى باسكيه - المرجع السابق ف ٢٣٤ ص ٢٢٥ . حسن كبير - المرجع السابق ص ١٣٥ - ١٣٦ .

الخير العام ، تظل مقيدة بمبادئ القانون الطبيعي كبداً المساواة في تطبيق القانون ، ومبدأ العدل ، ومبدأ تحريم النصوص التعسفية (١) .

٦١ - ولقد وجد المذهب الفردي طريقه إلى التطبيق مع ثورة إنجلترا عام ١٦٨٨ وثورة أمريكا عام ١٧٧٤ (٢) ، ثم أصبح المذهب الرسمي للثورة الفرنسية التي حرصت على أن تسجله في إعلانها لحقوق الإنسان (٣) : هذا الإعلان الذي نص في مادته الأولى على أن الناس جميعاً يولدون ويظلون أحراراً متساوين في الحقوق ، كما نص في مادته الثانية على أن هدف كل مجتمع سياسي هو المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية الخالدة (٤) .

مبادئ المذهب الفردي

٦٢ - تنبع مبادئ المذهب الفردي من الغاية التي يحددها دعاة هذا المذهب للقانون ، والتي لا يقفون في تحديثها عند مجرد أن الفرد لا المجتمع هو غاية النظام القانوني (٥) ، وإنما يصلون إلى أن تحقيق أوسع قدر من الحرية للفرد هو ما يجب أن يعمل النظام القانوني على تحقيقه (٦) ،

(١) أنظر في ذلك ، دي باسكيه - المرجع السابق ف ٢٣٢ ص ٢٢٤ - حسن كبير - المرجع السابق ص ١٣٣ - ١٣٤ .

(٢) أنظر في ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ٣٧٣ .

(٣) صدر هذا الإعلان عام ١٧٨٩ ثم قسمته دستور ١٧٩١ .

(٤) أنظر في ذلك ، دي باسكيه - المرجع السابق ف ٢٣٥ ص ٢٢٦ .

(٥) أنظر في عرض ذلك ، فالين - المرجع السابق ف ١٢ - ١٤ ص ٤٢ - ٤٥ . مارك ودينو ج ١ ف ٢٧ ص ٤٤ .

(٦) أنظر في عرض ذلك ، دوبييه - المرجع السابق ف ٢٥ ص ٢٣٠ . هنري مازو - دروس في القانون المدني ١٩٥٤ - ١٩٥٥ ص ٢٠ . دلاجرساي ولاهورد لأكوست - المرجع السابق ص ١١ حيث يفرق بين الفردية والحرورية ، بين الحرية كوسيلة لتحقيق هدف أسمي وبين الحرية كغاية في ذاتها .

فما دام كل فرد مستقل عن الآخر وما دام الأفراد متساوين لا سلطة لاحدهم على الآخر ، فان كل فرد يجب أن تكون له حريته التي لا تحدّها سوى حرية غيره من الأفراد تحقيقاً للمساواة بين الأفراد التي تعد المبرر الوحيد لتقييد حريتهم . وفي هذه الحرية المتساوية يكن خبر الأفراد وصالحهم . فالفرد الحر الذي لا تحدّ حريته سوى حرية الآخرين أقلر على تحقيق ما هو صالح وغير .

٦٣ - ولهذا يجب أن يقوم النظام القانوني الفردي على مبدئين أساسين هما الحرية والمساواة ، وذلك سواء فيما يتعلق بتنظيمه لنشاط الدولة وعلاقتها بالأفراد أو فيما يتعلق بنشاط الأفراد وعلاقتهم ببعضهم ، وسواء فيما يتعلق بتنظيم العلاقات السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو المدنية .

٦٤ - ففما يتعلق بشايط الدولة وعلاقتها بالأفراد ، يقوم التنظيم القانوني الفردي النزعة على أساس أن وظيفة الدولة الأساسية هي حماية حقوق الأفراد بقمع الاعتداء عليها والفصل فيما يقوم حولها من منازعات (١) . وإذا كان يمكن أن تقوم الدولة بنشاط آخر ادارى محدود ، فليس لها أن تقوم بأى نشاط اقتصادى لأن هذا النشاط يجب أن يترك للأفراد والمبادرة الفردية (٢) . كذلك يقوم النظام القانوني الفردي على أساس اطلاق الحريات السياسية للأفراد (٣) وتحريرهم من أية جماعة تتوسط

(١) أنظر فى ذلك ، محمد كامل ليلة - مبادئ القانون الادارى ص ١٤٥ .

(٢) أنظر فى ذلك ، دلاجرسى ولاكوست - المرجع السابق ف ٤٠ ص ٣١ .

مارك وريتر - المرجع السابق ج ١ ف ٢٧ ص ٤٤ .

(٣) أنظر فى ذلك ، دلاجرسى ولاكوست - المرجع السابق ف ٤٠ ص ٣١ .

بينهم وبين الدولة كما كان الحال في ظل نظام الطوائف الذي قام المذهب
الفردى لتحرير الأفراد منه (١) .

٦٥ - وفيما يتعلق بنشاط الأفراد وعلاقاتهم ببعضهم ، يقوم التنظيم
القانوني الفردى النزعة على أساس مبدأ الحرية ومبدأ المساواة . فالنشاط
الاقتصادى للأفراد يحكمه مبدأ حرية التجارة والصناعة الذى تنفرع عنه
قاعدة حرية المنافسة المشروعة ومنع التكتلات الاقتصادية غير المشروعة (٢) ،
والتزامات الأفراد تستند ، إما إلى الإرادة لأنها تقيد حرية صاحبها ، وإما إلى
الخطأ لأنه خروج عن حدود الحرية (٣) . وعقود الأفراد يحكمها مبدأ
حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة . فالأصل أن الإرادة حرة في أن تتعاقد
أو لا تتعاقد ، كما أنها حرة في تحديد شروط التعاقد وليس للمشرع
أن يتدخل في ذلك لأن أطراف العقد أقدر على ذلك . والأصل أن إرادة
الطرفين لها سلطانها الذى يضمنى على العقد قوة ملزمة تجعله شريعة المتعاقدين
التي لا يجوز لايهما أو للقاضى تعديلها (٤) . والملكية الفردية تحول للمالك
سلطات تكاد معها أن تكون حقاً مطلقاً . كما تتمتع بحماية من الغير ومن
الدولة تكاد معها أن تكون حقاً مقدساً (٥) .

(١) أنظر في ذلك ، مارتى وريتنو - المرجع السابق ج ١ ف ٢٧ ص ٤٤ .

(٢) أنظر في ذلك ، روبييه - المرجع السابق ف ٢٦ ص ٢٣٦ .

(٣) أنظر في ذلك ، مارتى وريتنو - المرجع السابق ج ١ ف ٢٧ ص ٤٤ .

(٤) أنظر في ذلك ، جولو - مبدأ سلطان الادارة ، ديجون ١٩١٢ ص ٦٢ - ٦٣ .
روبييه - المرجع السابق ف ٢٦ ص ٢٣٥ - ٢٣٦ . مارتى وريتنو - المرجع السابق ج ١
ف ٢٧ ص ٤٥ .

(٥) أنظر في ذلك ، دلاجرسى ولاكوست - المرجع السابق ف ٤٠ ص ٣١ . مارتى وريتنو
المرجع السابق ج ١ ف ٢٧ ص ٤٥ .

تقد المذهب الفردى :

٦٦ - وبقدر ما ساد المذهب الفردى والتف حوله المعتنقون بقدر ما انتكس بعد ذلك واجتمع عليه الناقدون (١) ، والواقع أنه بقدر ما كان للمذهب الفردى من فضل تحرير الفرد من استبداد الحكم المطلق وسيطرة رجال الكهنوت واغلال نظام الاقطاع وتحكم نظام الطوائف (٢) ، بقدر ما يؤخذ عليه من مأخذ وما يسأل عنه من مساوىء

٦٧ - (فأولاً) ، يؤخذ على المذهب الفردى أنه بدأ من مقدمة غير صحيحة قادتة إلى ما وقع فيه من تطرف وهى أن الفرد كائن مستقل عن غيره من الأفراد . ولكن الواقع أن هذا الاستقلال ينفيه ما سبق أن تحققنا منه من أن الاجتماع الانسانى ضرورى للانسان (٣) . فلا بد للفرد من أن يعيش مع غيره من الأفراد يكمل بعضهم بعضاً ويعتمد بعضهم على بعض . ولو أن الفرد كائن مستقل حقاً لامكنه أن يعيش مستقلاً . ولقد رأينا من قبل أنه حتى فى عهد الفطرة لم يعيش الفرد منفرداً وإنما فى مجتمع فطرى سابق على مجتمع الدولة السياسى (٤) . كذلك رأينا من قبل أن المجتمع هو الذى ينشئ فى الانسان مظاهر انسانيته ويكون شخصيته (٥) . ولهذا فإن المجتمع لا يكون مجرد ابتكار مصطنع أو محض وسيلة لحماية حقوق الفرد .

(١) أنظر فى ذلك ، روبيه - المرجع السابق ف ٢٦ ص ٢٣٧ . ودلاجرسى ولاكوتس - المرجع السابق ف ٤١ ص ٣١ . حين كير - المرجع السابق ف ٩٢ ص ٢٠٢ .

(٢) أنظر فى ذلك ، دلاجرسى ولا بورى لاكوتس - المرجع السابق ف ٤١ ص ٣٢ . حين كير - المرجع السابق ف ٩٢ ص ٢٠٢ .

(٣) أنظر ماتقدم ف ٦ - ١١ .

(٤) أنظر ماتقدم ف ٣١ .

(٥) أنظر ما تقدم ف ١١ .

وانما هو حقيقة طبيعية . وإذا كانت للانسان حقوق قبل المجتمع ، فان هذه الحقوق لابد وأن تقابلها حقوق للمجتمع قبل الفرد . فكما أن للانسان مصالحه التي يحق له أن يطالب المجتمع بحمايتها ، فان للمجتمع أيضاً مصالحه التي يحق له أن يطالب الفرد باحترامها . وهذا ما أغفله المذهب الفردي نتيجة لتجاهله حقيقة المجتمع .

٦٨- (وثانياً) ، يؤخذ على المذهب الفردي أن ما يدعيه من أن الأفراد متساوون بحيث يستطيع كل منهم أن يرعى مصالحه مخالف للواقع مخالف للطبيعة . فاذا كان جوهر الانسان واحد ، فان قدرات الانسان وقواه وصفاته ليست واحدة وانما تتفاوت من انسان إلى انسان . فالعامل لا يستوى بصاحب العمل ، والتاجر الصغير لا يستوى بالتاجر الكبير ، والمهتر لا يستوى بمن يحتاج إلى خدماته . ولهذا فان من المغالطة الزعم بأن الأفراد متساوون ، بحيث يستطيع كل منهم أن يرعى مصالحه ، وبحيث يجب أن تترك لهم حرية تحديد علاقاتهم دون تدخل من القانون . ولقد أدت هذه المغالطة إلى مساوئ بالغة : فباسم الحرية والمساواة استغل الانسان الانسان وتحكم القوى في الضعيف : فقامت الاحتكارات القوية التي تقضي على المنافسة الحقيقية ، وحل استبداد الرأسمالية بل فاق ما كان من استبداد الحكم المطلق والاقطاع والطوائف . كذلك سادت عقود الاذعان وتفشت الشروط المحضمة التي يفرضها الطرف القوى في التعاقد ولا يقبل مناقشة فيها (١) .

(١) أنظر في ذلك ، حسن كبره - المرجع السابق ف ٩٢ ص ٢٠٢ وما بعدها . دلاجرساي ولا كوست - المرجع السابق ف ٤٢ ص ٣٤ . روبييه - المرجع السابق ف ٢٦ ص ٢٣٨ .

٦٩ - (وثالثاً) ، يؤخذ على المذهب الفردى ، أنه لم يصر الا بشق من نوعى الحرية وأخفل الشق الآخر رغم توقعه عليه وعدم إمكان قيامه بدونه . فله حرية شقان : الأول هو «الحرية فى » التى يقصد بها حرية الارادة فى أن تتجه الوجهة التى تختارها ، والثانى هو «الحرية من» التى يقصد بها الحرية من كل ما يحد من اختيار الإنسان وبالتالي يحد من حرية ارادته فى الاختيار (١). ولما كان المذهب الفردى لم يكفل للأفراد ذلك الشق الثانى من الحرية ولم يحجبهم من الضغط الذى يتعرضون له بسبب تفاوت القوى ، فان حرية الارادة التى قررها لم تكون حرية نظرية غير مجدية .

٧٠ - (ورابعاً) ، يؤخذ على المذهب الفردى ، انكاره للجاعات التى تتوسط بين الفرد والمجتمع بالرغم من أنها حقيقة اجتماعية . وإذا كان ذلك المذهب لم يستطع أن يتجاهل الأسرة ، فانه أضعفها إلى حد بعيد (٢) . ولقد وصل المذهب الفردى بموقفه من الجاعات إلى عكس ما كان يريد . أن يصل إليه . ذلك أنه كان يريد تفادى ما أدى إليه نظام الطوائف الفاسدة من أضعاف للفرد ، فإذا به ينهى إلى أضعافه . فإذا كان نظام الطوائف قد أضعف الفرد ، فان ذلك راجع إلى فساد هذا النظام وليس إلى أن انتهاء الفرد إلى جماعة تتوسط بينه وبين المجتمع من شأنه أن يضعف .

(١) أنظر فى ذلك ، فولر - تحليل مقترح الحرية - مجلة هارفارد القانونية ص ٦٨ من ١٩٠٩ وما بعدها .

(٢) أنظر فى ذلك ، دلاجرساى ولا كوست - المرجع السابق ضد ٤٢ ص ٣٤ . ماركه وريثو - المرجع السابق ف ٢٧ ص ٤٤ .

الفرد . فالوانع أن هذا الانتماء يقوى الفرد ولا يضعفه . وليس أدل على ذلك مما يكتسبه العامل من قوة بانتمائه إلى نقابة عمالية . . .
لذلك كله انتكس المذهب للفردى وقام مذهب آخر يعارضه
هو المذهب الجماعى أو العضوى .

المطلب الثانى المذهب الجماعى أو العضوى

مخوده :

٧١ - تلتقى عدة مذاهب حول أن المجتمع كما يذهب بعضها ،
أو الدولة كما يذهب بعضها الآخر ، يعد كائناً جماعياً « être Collectif »
ومركباً عضوياً « organisme » ، يرتبط به أفرادها ارتباط الأجزاء
بالمكل الذى يشغلها والذى فيه تتجسد ومن أجله تعمل . وتصل هذه
المذاهب من ذلك إلى أن المجتمع أو الدولة يعد غاية في ذاته ويعلو على أفرادها
الذين يستمدون قيمتهم الحقيقية من عضويتهم فيه وشموله لهم .
ومن حيث أن هذه المذاهب ترى في المجتمع أو الدولة كائناً جماعياً
تسمو جماعيته على ذاتية أفرادها ، فإنها تعد لذلك مذاهب جماعية (١) .

(١) يطلق البعض على هذه المذاهب أنها مذاهب اشتراكية الدولة Socialisme d'Etat
ويرضون لها تحت عنوان L'étatisme (روبيه - المرجع السابق ف ٢٧ ص ٢٤٠) .
وهذا مايؤخذ عليه مأخذين . الأول ، أن تلك المذاهب أبعد ما تكون عن الاشتراكية . والثاني
أن من تلك المذاهب مايضعف فكره الدولة ويحل محلها فكره الشعب والمجتمع العنصرى كما
هو الشأن في المذهب النازى .
كذلك يطلق البعض على هذه المذاهب أنها مذاهب اجتماعية أو اشتراكية Socialiste =

ومن حيث أن هذه المذاهب ترى في المجتمع أو الدولة مركزاً عضوياً
تعلو عضويته على فردية أعضائه ، فإنها تعد لذلك مذاهب عضوية .

٧٢ - وإذا كان يصدق على تلك المذاهب التي تلتقي حول النظر
إلى المجتمع أو الدولة ككائن جماعي عضوي أنها مذاهب جماعية كما يصدق
عليها أنها مذاهب عضوية ، فالواقع أنه يجب أن نضع في اعتبارنا أمرين :

الأول ، أن ذلك لا يصدق على المذاهب التي ترى في المجتمع كائناً شبه
عضوي ، والتي يطلق عليها المذاهب شبه أو فوق العضوية « Super organics » ،
فجرد تشبيه المجتمع بالكائن العضوي يدع مجالاً لوجود أوجه اختلاف
بينهما يمكن أن تفصل بهذه المذاهب إلى ما تفصل إليه المذاهب الفردية بحيث
تعد منها لا من المذاهب الجماعية .

والثاني ، أن ذلك يصدق على المذاهب التي ترى في المجتمع كائناً
عضوياً لأن الكائن العضوي بطبيعته كائن كلي أو جماعي . فالكلية أو
الجماعية من مقومات الكائن العضوي الذي يتكون من اتحاد أجزاء فردية
تسهم بما تقوم به من وظائف متميزة ونشاط مشترك في المحافظة على حياة
الكل (١) . وهذا المفهوم للكائن العضوي هو الذي أوحى بالنظر إلى المجتمع
كمركب عضوي ، وهو الذي يستتبع النظر إليه ككائن جماعي . ولهذا

= وهذا ما يؤخذ عليه ماغلين . الأول أن هذه المذاهب تختلف اختلافاً جذرياً عن المذاهب
الاشتراكية بحيث لا يجوز أن توصف بذات الصفة . والثاني ، أن وصف هذه المذاهب
بأنها مذاهب اجتماعية يؤدي إلى الخلط بينها وبين المذاهب التي تقيم القانون على
أساس اجتماعي ، والتي لا يمكن أن توصف إلا بأنها مذاهب اجتماعية لعدم وجود مقابل
حرفي لما يطلق عليها في فرنسا من أنها مذاهب Sociologiques

(١) أنظر في ذلك . ديلفكيو - فلسفة القانون ص ٣٤٨ - ٣٤٩ .

فإن دراسة التصوير العضوى للمجتمع تجمع بين أن تكون دراسة للنزعة العضوية والنزعة الجماعية .

جنوده :

٧٣ - ليست المذاهب العضوية الجماعية بالمذاهب الحديثة . فالتصوير العضوى الجماعى للمجتمع من القدم بحيث نجد له جذوراً قديمة وارهاسات بعيدة يمكن أن نرتد بها إلى أفلاطون وأرسطو .

٧٤ - فأما أفلاطون ، فيشبه مدينته الفاضلة بالانسان (١) ، بل يقول أنها «انسان أكبر» (٢) . فهو يرى فيها وحدة حية مكونة من أجزاء كما يتكون جسم الانسان من اعضاء . وكل جزء من أجزائها يؤدي وظيفة خاصة كما تختلف أعضاء الجسم الانسانى فى أداء وظيفتها . وترتبط تلك الأجزاء ببعضها ارتباطاً وثيقاً وتجتمع كلها فى مركز واحد وتسعى إلى غايات مشتركة شأنها فى ذلك شأن أجزاء جسم الانسان . ووظائف الدولة الثلاث ، وهى الانتاج والدفاع والادارة ، تقابل قوى النفس الانسانية الثلاث ، وهى القوة الشهوانية والقوة الغضبية والقوة الناطقة (٣) .

ويطلق أفلاطون سلطة الدولة بغير حدود ، ولا يترك شيئاً لحرية المواطنين ، كما لا يعترف لهم بأية حقوق ذاتية (٤) . وهو يصل إلى التضحية كلية بالعنصر الفردى من أجل العنصر الاجتماعى أو السياسى (٥) ،

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب - علم الاجتماع ومدارسه ك ص ٣٦ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ٣٩٤ .

(٣) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ص ٢٦ - ٢٧ .

(٤) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ٤٢ .

(٥) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ٤٣ ، وإن كان أفلاطون فى كتابه «الشرائع» يميل أكثر احتراماً للشخصية الفردية ، أنظر نفس المرجع ص ٤٤ .

ويعتبر المصلحة الخاصة ثانوية بالنسبة للمصاحبة العامة (١)، وان كان يجعل غاية الدولة اسعاد الجميع (٢).

٧٥ - لوأما ارسطو فيرى أن الدولة ليست مجرد مجموعة من الأفراد وانما وحدة عضوية ترتبط اجزاؤها ارتباطاً وثيقاً (٣). وإذا كانت الدولة أو المدينة تتكون من عدة قرى ، وهذه بدورها تتكون من عدة أسر ، فان هذه القرى والأمر لا تراكم تراكم الاجزاء المادية وانما يتحد بعضها مع بعض كما يتحد الجسم العضوى . كذلك إذا كان الفرد هو أول حقيقة في بناء المجتمع الانسانى ، فانه بذوب في الدولة التى تعد نسيجاً ملتئماً الأفراد خيوطه ، فالدولة هى التى تعطى الفرد وجوده الحقيقى ، لأن الانسان الفرد فى الكون ليس له وجود . وكما أن جميع اعضاء الجسم تنضافر فى تأدية وظائفها حرصاً على سلامة البدن وابقاء على حياته وكيانه ، فكذلك الأفراد فى المجتمع يتضافرون للابقاء عليه . وإذا كان لكل فرد حياته الخاصة وأسلوبه فى التفكير والعمل ، فانه لا يستطيع أن يختار الا ما ينسجم مع الاتجاه العام للمجتمع ، بحيث لا يتعارض أسلوبه مع أسلوب الدولة ولا يقوم بوظيفة الا إذا كانت تحقق غرضاً يتفق مع مصلحة الدولة وغاياتها العليا . وفى كل فرد يمكن أن نميز بين شخصيتين :

(١) أنظر فى ذلك ، ثروت أنيس الاسيوطى - نمو وتطور المذاهب الفلسفية ، مجلة القانون والاقتصاد ص ٣٢٢ ف ١٣٥ ص ٤٥٣ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديلكيو - المرجع السابق ص ٤٢ . وأنظر أيضاً ، ثروت أنيس - المرجع السابق حيث نقل عن جمهورية افلاطون ف ٤٦٦ ، ٥١٩ أن غاية التشريع هى خير الجماعة ككل .

(٣) أنظر فى ذلك ، ديلكيو - المرجع السابق ص ٤٥ . مصطفى الخشاب - المرجع السابق ص ٤٥ .

شخصية فردية هو بها ما هو ، وشخصية جمعية هو بها ما هو عضو في المجتمع (١) .

ويعلى أرسطو الدولة على الأفراد (٢) : فالدولة تسبق أفرادها منطقياً كما يسبق الكائن العضوى أجزاءه . وكما أنه لا يمكن أن نتصور يداً حية منفصلة عن الجسم ، فكذلك لا يمكن أن نتصور الفرد بدون الدولة (٣) : ولهذا فإن الأفراد ليسوا لأنفسهم وإنما لدولتهم (٤) ، كما أن خير الدولة يعلى على خير الفرد (٥) : إلا أنه يجب ألا نغفل أن أرسطو يرى أن غاية الدولة سعادة الجميع (٦) ، كما أنه يرى اشراك المحكومين في إدارة المدينة كشرط للتوفيق بين النظام والحرية (٧) ، كذلك يجب ألا نغفل نظرية أرسطو في الموازنة الفردية والاجتماعية ، وما يراه من أن السعادة في التوسط والاعتدال (٨) .

صوره :

٧٦ - للتصوير العضوى للمجتمع صور متعددة يختلف مفهوم

(١) أنظر في ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ص ٢٩ - ٤٠ .

(٢) أنظر في ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ٣٤٩ .

(٣) ، (٤) أنظر في ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ٤٦ .

(٥) أنظر في ذلك ، بريمو - الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون والدولة ، باريس ١٩٦٧ ص ٢٤ .

(٦) أنظر في ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ص ٤٠ . ديلفكيو - المرجع السابق ص ٤٥ . أنظر أيضاً ، ثروت أنيس - المرجع السابق ف ١٣٦ ص ٤٥٣ وهو إذا كان قد انتهى إلى أن غاية القانون سعادة المجتمع لا الفرد ، فإنه قبل ذلك نقل عن أرسطو أن القوانين في أعدادها من أجل جميع الأشخاص تسعى إلى التمتع المشترك .

(٧) أنظر في ذلك ، بريمو - المرجع السابق ص ٢٤ .

(٨) أنظر في ذلك ، بريمو - المرجع السابق ص ٢٥ .

العضوية وأساسها وأبعادها في كل منها عنه في الآخر . ولهذا تعددت المذاهب العضوية الجماعية واختلفت باختلاف المفهوم الذي تعطيه للعضوية الاجتماعية والأساس الذي تقيم عليه هذه العضوية والأبعاد التي تصل إليها . فهي في مذهب عضوية حيوية ، وفي مذهب عضوية روحية ، ولهذا ينبغي أن نعرض لهاتين الصورتين من صور العضوية .

§ ١ - العضوية الحيوية

المذهب البيولوجي (١)

عرض المذهب :

٧٧ - تحت تأثير النزعة العلمية ، التي غزت الدراسات الاجتماعية ، والتي أرادت أن تخضع الظواهر الاجتماعية للقوانين العملية ، ظهر بين مذاهب علم الاجتماع مذهب حيوي أو بيولوجي يفسر المجتمع ويحدد طبيعته بالرجوع إلى القوانين البيولوجية ومبادئ علم الحياة باعتبار أن

(١) أنظر في عرض المذهب الحيوي : مصطفى الخشاب - علم الاجتماع ومدارسه ك ١ ص ١٦١ - ١٨٥ ، ك ٢ ص ٩٠ - ٩٣ ، ك ٣ ص ٢٧ - ٣٠ ص ١٠٥ - ١١٥ . ماكيفر وبيج - المجتمع ، ترجمة الدكتور علي أحمد عيسى ط ٢ القاهرة ١٩٦١ ص ٩٠ - ٩٣ ، ١٠٣ - ٩٩ .

Friedmann — Legal theory. London 1967, p. 225. Del vecchio — Philosophie du droit, Paris 1953, p. 192, 348. Roubier — Théorie générale du droit, 26 éd. 1951 p. 158. Coker — Organismic theories of the state, New York 1910. Sorokin — Contemporary sociological theories, New York 1928 p. 200. Sociocultural dynamics and evolutionism, in twentieth century sociology, New York 1945 p. p. 96-120.

المجتمع مركب عضوى حيوى يماثل الكائن الحى ويعد مظهراً من مظاهر الحياة ويسير وفقاً للقوانين التى تسير عليها هذه الظواهر (١) :

وهذا ما ذهب اليه كثير من المفكرين . ذهب اليه فى إنجلترا سبنسر ، وفى روسيا ليليفيلد ، وفى ألمانيا شافل وشبنجلر ، وفى فرنسا اسبيتاس وورمس وجيلون (٢) ،

٧٨ - ويرتكز هذا المذهب على وجود تماثل بين المجتمع والكائن الحى ، سواء من حيث التركيب الداخلى والوظائف ووحدة الاجزاء ، أو من حيث النشأة والنمو والنضوج والاضمحلال (٣) ،

فن حيث التركيب الداخلى والوظائف يرى من يذهبون هذا المذهب أن المجتمع كالكائن الحى يتكون من خلايا واعضاء لكل منها وظيفة ، فالفرد فى المجتمع يقابل الخلية فى الجسم الحى ، والطبقات الاجتماعية تقابل اعضاء ذلك الجسم ، ووظائف الأجهزة الاجتماعية تقابل الوظائف

(١) أنظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ٢٢٥ . مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٢ ص ٢٧ .

(٢)

Spencer — Principles of biology, Principles of sociology, Study of sociology. Lilienfeld — La société humaine comme organisme réel. Scaffie — Structure et vie du corps social. Spengler — The decline of the west. Espinas — Les sociétés animales. Organisme et société. Kjellon — L'état comme être vitale.

(٣) أنظر فى ذلك ، ماكيفر وبيج - المرجع السابق ص ٩٠ . مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٣ ص ٢٧ .

الحوية . فنظام التغذية يقابله في المجتمع نظام الانتاج وتقوم بوظيفته الطبقات المنتجة . ونظام الدورة الدموية يقابله في المجتمع نظام التوزيع وتقوم الثروة بوظيفة القلب الذي يوزع الحياة ويدفع الدم في الشرايين . والجهاز الهضمي والاخراجي يقابله في المجتمع نظام الاستهلاك . والجهاز العصبي يقابله في المجتمع الجهاز التنظيمي ونظام الحكم والادارة الذي تقوم فيه الحكومة بدور المخ أو الرأس (١) .

ومن حيث النشأة والنمو والنضوج والاضمحلال يرى من يذهبون ذلك المذهب أن المجتمع يحكمه قانون الأطوار الثلاثة الذي يخضع له الكائن الحي ، وهي طور الطفولة وطور النضج وطور الشيخوخة (٢) . وفي ذلك يخضع المجتمع لقانون التطور العضوي وقانون تنازع البقاء وقانون الوراثة (٣) . فطبقاً لقانون النشوء والارتقاء ينتقل المجتمع من التجانس إلى التباين الذي يسير جنباً إلى جنب مع التكامل والتضامن واعتماد الاجزاء والوظائف بعضها على بعض (٤) . وطبقاً لقانون تنازع البقاء يكون البقاء في المجتمع للأصلح ويعد الصراع في المجتمع وبين المجتمعات نشاطاً مألوفاً (٥) .

(١) أنظر في ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ٣ ص ٢٧ ، ك ٢ ص ٩٠ ، ك ١ ص ١٧٠ فريدمان - المرجع السابق ص ٢٢٥ . دوبييه - المرجع السابق ص ١٥٨ . ديلفكيو - المرجع السابق ص ١٩٤ .

(٢) أنظر في ذلك ، ماكيفر وبيج - المرجع السابق ص ٩٠ . مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٢ ص ٩٠ .

(٣) أنظر في ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٣ ص ٢٧ .

(٤) أنظر في ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٢ ص ١٠٢ - ١٠٣ .

(٥) أنظر في ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ١٩٥ . مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٣ ص ١٠٧ .

وطبقاً لقانون الوراثة كما توجد وراثة بيولوجية توجد وراثة اجتماعية (١)
هى أساس الشعور بالواجب الاجتماعى (٢) .

٧٩ - الا أن من يذهبون هذا المذهب ، يختلفون فى مدى ما يصل
اليه التماثل بين المجتمع والكائن الحى : فمنهم من يصل إلى حد وجود تماثل
مطلق بينهما ، ومنهم من يقف عند وجود تماثل نسبى بينهما .

فأما من يصلون إلى حد وجود تماثل مطلق بين المجتمع والكائن الحى ،
فلا يقفون عند مجرد تشبيه المجتمع بالكائن الحى وإنما يرون فى المجتمع
كائناً حياً . وبذلك تجاوزوا حدود التشابه إلى التطابق ، وهذا ما وصل اليه
شافل الذى أغرق فى المماثلات المجازية والتشبيهات الاستعارية والمطابقات
التعسفية (٣) .

وأما من يقفون عند وجود تماثل نسبى بين المجتمع والكائن الحى ،
فيمتصرون على تشبيه المجتمع بالكائن الحى وإبراز ما بينهما من أوجه تماثل
وأوجه تباين . وهذا ما ذهب اليه سبنسر ، الذى يعد رائد المذهب الحيوى
والذى تطرف هذا المذهب من بعده (٤) . فهو ، كما أبرز أوجه التشابه
بين المجتمع والكائن الحى ، أبرز أيضاً أوجه اختلاف متعددة بينهما :
من ذلك :

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب ك ٢ ص ٩٠ .

(٢) أنظر فى ذلك ، فريديان - المرجع السابق ص ٢٢٦ .

(٣) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ٣٥٠ . روبيه - المرجع السابق
ص ١٥٨ .

(٤) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ١٩٤ ، ٣٥٠ . مصطفى الخشاب - المرجع
السابق ك ٣ ص ١٠٤ ، ١٠٦ - ١٠٧ ، ماكيفروبيج - المرجع السابق ص ١٠٠ .

(أولاً) أن جزئيات الكائن الحى تكون كلاهما سكام محسوساً ترتبط
خلاياه الحسية ببعضها ارتباطاً وثيقاً ، أما المركب الاجتماعى فعناصره
منفصلة متمايزة لا تكون كلا محسوساً كما أن خلاياه حرة طليقة وموزعة
مشتتة (١).

(ثانياً) أن التباين فى الكائن الحى يصل إلى حد أن التفكير يتركز
فى جزء منه هو العقل الذى يعد وحده قاعدة التفكير ، أما فى المركب
الاجتماعى فان التباين لا يصل إلى ذلك وإنما يعد كل فرد من أفراد عضواً
مفكراً له المساهمة فى توجيه المجتمع (٢).

(ثالثاً) ان الخلايا فى الجسم الحى تعمل لخير الكل ، أما فى المجتمع
فان الكل يعمل لصالح عناصره (٣) ، أى الأفراد الذين تكون لهم قيمة
وحياة خاصة ويعدون غاية فى ذاتهم وليسوا مجرد أداة بالنسبة للكل (٤).

٨٠ - وينبى على ذلك الاختلاف فى تحديد مدى ما يصل إلى التماثل
بين المجتمع والكائن الحى اختلاف حاد فى النتائج التى ترتب على هذا
التماثل ، وخاصة بالنسبة لعلاقة الفرد بالمجتمع أو الدولة ووقف القانون
منهما .

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٣ ص ١٠٦ - ١٠٧ . ديلفكيو -
المرجع السابق ص ١٩٤ . زوييه - المرجع السابق ص ١٥٩ .

(٢) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٣ ص ١٠٤ ، ١٠٧ ماكيفو
ويج - المرجع السابق ص ١٠٠ حيث جاء أن سبنسر أشار إلى أن المجتمع يفتقر إلى «دماغ»
مركز للعص .

(٣) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٣ ص ١٠٧ .

(٤) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ١٩٤ . زوييه - المرجع السابق
ص ١٥٩ .

فالمقابل المطلق بين المجتمع والكائن الحي يستتبع أن تكون علاقة الفرد بالمجتمع أو الدولة مطابقة للعلاقة بين الخلايا والكائن الحي . فكما أن قيمة الكائن الحي تتجاوز قيمة أعضائه التي تتحدد بما يؤدونه له من وظائف ، فكذلك تتجاوز قيمة المجتمع قيمة أفراده التي تتحدد بما يحققونه له من نفع . وكما أن الكائن الحي لا يوجد من أجل خلاياه وإنما توجد خلاياه من أجله ، فكذلك لا يوجد المجتمع من أجل أفراده وإنما يوجد الأفراد من أجل المجتمع . وهذا ما يمكن وراء قول جيلون أن الدولة قوة ذاتية تحي نفسها وتسعى لأغراض مستقلة عن أغراض أفرادها (١) .

أما المقائل النسبي بين المجتمع والكائن الحي فيستتبع أن تكون علاقتهما بأعضائهما متماثلة بقدر ما بينهما من أوجه التشابه ومتغايرة بقدر ما بينهما من أوجه الاختلاف .

فن حيث أن المجتمع يشبه الكائن الحي في نشأته وتطوره البيولوجي ، كما يشبه في تركيبه ووظائفه الحيوية ، فإن الحياة الاجتماعية تقوم على أسس بيولوجية ، سواء في ذلك نشاط الأفراد أو الأخلاق أو الواجب الاجتماعي . فغاية النشاط البشري غاية نفعية حددها سبنسر بالمواطنة البيولوجية المتطورة بين حالة الفرد والوسط الذي يعيش فيه . وعلة الأخلاق هي تصحيح أنانية الأفراد عن طريق تلك المواطنة البيولوجية . والشعور بالحق والواجب الاجتماعي إنما يتولد عن التجارب التي مر بها الجنس لتحقيق تلك المواطنة البيولوجية . هذه التجارب التي تنتقل طبقاً لمبدأ الوراثة البيولوجي من جيل

(١) أنظر في ذلك ، جيلون - الدولة كشكل حيوي ، أشار إليه مصطفى الخشاب - المرجع السابق ص ٣٠ .

إلى جيل ، والتي تتحول في الجيل الذي تنتقل إليه إلى غريزة الواجب والأخلاق والعدل (١) .

ومن حيث أن المجتمع يختلف عن الكائن الحي في أن عناصر المركب الاجتماعي حرة طليقة وليست ملتصقة متشابكة كخلايا الجسم الحي ، كما يختلف عنه في أنه في المجتمع يعمل الكل لصالح عناصره بينما في الجسم الحي تعمل الخلايا لخير الكل (٢) ، فإنه ينبئ على هذا الاختلاف مبدأ حرية الفرد ، ووجوب عدم تدخل الدولة بين الأفراد (٣) . وهذا ما يفسر لنا موقف سينسر من الفرد والدولة .

فمن ناحية ، يرى سينسر أن الأفراد يجب أن يتركوا أحراراً يقومون بأعمالهم وفق قدراتهم الخاصة ويتصارعون في معترك الحياة دون تدخل من الدولة يغير من السير الطبيعي للتطور ، الذي يحقق التقدم والارتقاء ، والذي يحكمه قانون تنازع البقاء وقانون البقاء للأصلح وقانون الانتخاب الطبيعي . فالحياة تمثل صراعاً لتأكيد الوجود الذاتي والعمل على بقاءه ، وهذا الصراع يحقق التقدم والارتقاء إذ يبقى العنصر الصالح وينقرض العنصر غير الصالح . ويصل سينسر إلى حد القول بأن تدخل الدولة يجلب من المساوء والأضرار ما يجعله يفضل النظام القوضوي رغم ما ينطوي عليه من مساوء وأخطار (٤) .

(١) أنظر في ذلك ، ديلفيكيو - المرجع السابق ص ١٩٥ .

(٢) أنظر في ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٣ ص ١٠٦ - ١٠٧ ديلفيكيو - المرجع السابق ص ١٩٤ .

(٣) أنظر في ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ٢٢٧ . ديلفيكيو - المرجع السابق حيث جاء إن مبدأ القانون عند سينسر هو ولكل أن يفعل ما يريد مادام لا يعتدى على حرية سواه .

(٤) أنظر في ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٢ ص ١٧٩ .

ومن ناحية أخرى ، يرى سبنسر أن الدولة حدث عرضي وشر لا بد منه لحماية الأفراد من الأخطار الداخلية والخارجية حتى يكتمل نمو المجتمع ويتم له التنظيم الضروري . فليس بصحيح أن سعادة الأفراد مرتبطة بوجود الدولة ، وإنما بالنمو الاخلاقي والتنظيمي . وإلى أن يتم هذا النمو فان وظيفة الدولة يجب أن تقتصر على ما يسمى بالوظائف الأصلية أو الطبيعية التي تحصل في الحماية من خطر الغزو الخارجي وتحقيق الأمن الداخلي وضمان الوفاء بالعقود والالتزامات . فاذا ما تحقق ذلك النمو فان المجتمع لا يجد ضرورة للبقاء على الدولة التي لا محالة صائرة إلى القضاء على نفسها بحكم التطور الأخلاقي والتكامل السياسي (١) .

ولهذا يعد سبنسر من أنصار المذهب الفردي (٢) لا المذهب الجماعي ، وذلك بالرغم من أنه يرى في المجتمع كائناً شبه عضوي ، وبالرغم من أن نظريته نظرية شبه أو فوق عضوية .

وهذا ما يؤكد ما سبق أن أبرزناه من أن المذاهب العضوية التي ترى في المجتمع كائناً عضوياً هي التي يصدق عليها أنها مذاهب جماعية ، أما المذاهب شبه العضوية التي ترى في المجتمع مركباً شبه عضوي فقد لا يصدق عليها أنها مذاهب جماعية وإنما مذاهب فردية (٣) .

(١) أنظر في ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ١ ص ١٧٨ - ١٧٩ .

فريدمان - المرجع السابق ص ٢٢٧ . ديلنكيو - المرجع السابق ص ١٩٩ - ٢٠٠ .

(٢) أنظر في ذلك ، روبييه - المرجع السابق ف ٢٧ ص ٢٤٠ . فريدمان - المرجع السابق ص

٢٢٦ . ديلنكيو - المرجع السابق ص ١٩٩ . ماكليروييج - المرجع السابق ١٥ ص ١٠٠

(٣) أنظر ما تقدم ف ٧٢ .

نقد المذهب :

٨١ - تعرض المذهب الحيوى ، الذى يصور العضوية الاجتماعية تصويراً بيولوجياً ، لنقد جارف ، سواء فيما بدأ منه أو فيما انتهى إليه ، وسواء فى صورته المطلقة التى تصل إلى حد المطابقة بين المجتمع والجسم الحى أو فى صورته النسبية التى تقف عند تشبيه المجتمع بالجسم الحى مع التسليم بوجود أوجه اختلاف بينهما . ولقد بلغ من قوة هذا النقد أن خبا ذلك المذهب بحيث يمكن القول بأنه قد مضى عهده (١) . وللتحقق من ذلك حسبنا أن نقف على أوجه ذلك النقد التى منها ما يوجه إلى التصوير الحيوى المطلق للمجتمع ، ومنها ما يوجه إلى التصوير الحيوى النسبى للمجتمع .

٨٢ - فأما أوجه النقد التى توجه إلى التصوير الحيوى المطلق للمجتمع فهى :

(أولاً) يؤخذ على هذا التصوير أن المجتمع يختلف عن الكائن الحى اختلافاً معنوياً جوهرياً ، ففى الكائن الحى لا توجد سوى غاية واحدة هى حياة الكل ، وليس للأعضاء من قيمة إلا بما يسهمون به فى المحافظة على حياة الكل الذى لا يحيون إلا من أجله كما لا حياة لهم إلا به . أما فى المجتمع فإن الأفراد تكون غايات مستقلة وقيمة ذاتية وحياة متميزة عن غايات وقيمة وحياة المجتمع (٢) . فالمجتمع يستمد أهميته من تأييده بغايات الأفراد أنفسهم وما يمكن أن يسهم به فى سبيل تحقيق هذه الغايات

(١) أنظر فى ذلك ، روبيه - المرجع السابق ص ٢٥٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ٣٥١ . روبيه - المرجع السابق ص ١٥٩ .

الى لا يمكن تصور الوحدة الاجتماعية بدونها (١) . وأياً ما كانت قيمة المجتمع فإنها لا تنفى قيمة الفرد الذى يعد غاية فى ذاته وليس مجرد وسيلة لغاية . والاتباع الخرقى للفكرة الحيوية يقود إلى انكار قيمة الفرد الذاتية واعتباره مجرد وسيلة لغاية . وهذا خطأ فادح يقع فيه من يرون فى المجتمع كائناً حيوياً كما وقع فيه من قبل افلاطون وارسطو اللذان انتهيا من ذلك إلى تبرير الرق والعبودية (٢) .

(ثانياً) يؤخذ على هذا التصوير أن المجتمع يختلف عن الكائن الحيوى اختلافاً تركيبياً جوهرياً . فالمجتمع ، على خلاف الكائن الحى ، ليس كلا عناصره مدمجة وملتصقة غير قابلة للانفصال تشغل مواضع محددة ، وإنما يتمتع أفرادها بقدر من التحرر والاستقلال والذاتية يزداد مع تطور المجتمع (٣) . وهذا ما أبرزه سبنسر نفسه الذى يعد رائد الاتجاه الحيوى (٤) . ولهذا تعرض فى المجتمع ظواهر اجتماعية لا يمكن أن تعرض فى الكائن الحيوى ، وبالتالي لا يمكن أن يفسرها التصوير الحيوى للمجتمع ، كما هو الشأن فى ظاهرة الهجرة وظاهرة الانتحار (٥) .

(ثالثاً) يؤخذ على هذا التصوير أن المجتمع يختلف عن الكائن الحى اختلافاً عضوياً جوهرياً . فالمجتمع ، كما أبرز سبنسر نفسه ، يفترق

(١) أنظر فى ذلك ، ماكيفر ويچ - المرجع السابق ص ١٠٤ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ٣٥١ .

(٣) أنظر فى ذلك ، روييه - المرجع السابق ص ١٥٩ . ديلفكيو - المرجع السابق ص ٣٥١ .

(٤) أنظر ماتقدم ف ٧٩ .

(٥) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ٣٥١ . روييه - المرجع السابق ص ١٥٩ .

إلى مركز للحس أو التفكير (١) . فالأفراد هم وحدهم الذين يقولون ويفكرون ويشعرون . وإذا كانت المشاعر والأفكار يمكن أن تتشابه وتنتقل من عقل إلى آخر ، فإن ذلك لا يعنى أنه توجد مشاعر أو أفكار مشتركة وأنه يوجد عقل واحد جمعى . فن المفضل القول بوجود مثل هذا العقل الجمعى وتصوره على أنه مجموع عقول أفراد المجتمع وهم يشعرون أو يفكرون أو يستجيبون بكيفية متشابهة . كذلك من المفضل القول بأن شعور الأفراد ما هو إلا تعبير عن الشعور الاجتماعى : فراكز النشاط الحيوية للشعور والوظيفة العضوية وأغراض الحياة هى نفوس الأفراد ، ولهذا فإن المجتمع إنما يحى من خلال أفراد الذين لا ينتمون إليه كما تنتمى أوراق الشجر إلى أشجارها أو الخلايا إلى الجسم (٢) .

(رابعاً) يؤخذ على هذا التصوير أن المجتمع يختلف عن الكائن الحى اختلافاً جوهرياً من حيث طبيعة ارتباط أعضائه كل منهما به . فبينما يرتبط أعضاء الكائن الحى به ارتباطاً بيولوجياً ، فإن أفراد المجتمع يرتبطون به بارتباطات متعددة ، منها الارتباط بأصل يشتركون فيه ، ومنها الارتباط بأقليم يستقرون عليه ، ومنها الارتباط بعقيدة تعتقد بينهم ، ومنها الارتباط بتراث يتلقونه عنه (٣) . وما أبعد هذه الارتباطات التى لا مقابل لها فى الكائن الحى عن الارتباط البيولوجى بين خلايا وأعضاء الكائن الحى ..

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٣ ص ١٠٧ . ماكيفروبج - المرجع السابق ص ١٠٠ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ماكيفروبج - المرجع السابق ص ٩٣ ، ١٠٠ ، ١٠١ .

(٣) أنظر قريبا ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ٣٥١ - ٣٥٢ .

(خامساً) يؤخذ على هذا التصوير أن المماثلات التي أفرط في عقدها بين المجتمع والكائن الحي مماثلات مجازية محضة ، لا تنطوي على قياس علمي ، وإنما على مجرد استعارات لغوية وتشبيهات بيانية (١) . ولهذا فإن ما يعبر عنه هذا الأسلوب البياني من تماثل بين المجتمع والكائن الحي لا يجوز أن يتخذ أساساً لتفسير الحياة الاجتماعية وتحديد العلاقة بين المجتمع وأفراده (٢) .

(سادساً) يؤخذ على هذا التصوير أن الحقائق البيولوجية والقواعد التي تحكم العلاقات الحيوية لا تفسر الاجانباً من جوانب الكائن الحي ذاته هو جانبه الجسدي دون جانبه الروحي أو النفسي . وكما أن الظواهر النفسية لا تحكمها قواعد علم الحياة وإنما قواعد علم النفس ، فكذلك الظواهر الاجتماعية لا تحكمها قواعد علم الحياة وإنما قواعد علم الاجتماع ، ومن أنصار المذهب الحيوي من انتهى إلى ذلك : فهذا «ورمس» ينهى إلى أن الروابط التي تنشأ عن الاجتماع الانساني تمتاز بعناصر من طبيعة نفسية للدرجة لا يمكن معها أن يكون علم الاجتماع مجرد امتداد لعلم الحياة (٣) . تلك هي أوجه النقد التي توجه إلى التصوير الحيوي المطلق للمجتمع .

٨٣ — أما أوجه النقد التي توجه إلى التصوير الحيوي النسبي للمجتمع الذي صوره سبنسر فهي :

(أولاً) يؤخذ على هذا التصوير أنه ، رغم تسليمه بأن المجتمع

(١) أنظر في ذلك ، روبييه — المرجع السابق ص ١٥٩ .

(٢) أنظر في ذلك ، ماكيفر وبيج — المرجع السابق ص ٩٢ - ٩٣ .

(٣) أنظر في ذلك ، مصطفى الحجاب — المرجع السابق ك ٣ ص ٢٩ .

يشبه الكائن الحى من أوجه ويختلف عنه من أوجه ، أخضع تقدم وارتقاء كل منهما لمبدأ البقاء للأصلح . وإذا كان هذا المبدأ يستقيم مع طبيعة للكائنات الحية الحيوانية ، فإنه يتعارض مع طبيعة المجتمع الانسانى (١) . فمن ناحية ، ليس من الانسانية التضحية بالانسان لمجرد عجزه أو مرضه أوفقره (٢) . ومن ناحية ثانية ، قد ترجع عدم صلاحية الفرد إلى ظروف اجتماعية يكون المجتمع مسئولاً عنها وهو الذى يورث أفراداً مدى صلاحيتهم كما يجب عليه أن يوفر لهم أسبابها (٣) . ومن ناحية ثالثة ، لا يقف منطق البقاء للأصلح عند مجرد التضحية بغير الصالح وإنما قد يصل إلى التضحية بمن هو صالح إذا نازعه فى البقاء من هو أصلح منه .

(ثانياً) يؤخذ على هذا التصور أنه ، رغم تسليمه بأن المجتمع يشبه الكائن الحى من أوجه ويختلف عنه من أوجه ، حاول أن يقيم المجتمع على أسس بيولوجية تجريبية محضة وإن كان منها ما يخفى نظرة مثالية عقلية . ونلمس قصور تلك الأسس وما تخفيه من مثالية مستترة فيما ذهب إليه سينسر كما قدمنا . من أن أساس الاخلاق والواجب الاجتماعى هو التجارب التى يمر بها الجنس من أجل تحقيق المواءمة البيولوجية المتطورة بين الفرد والوسط الذى يحى فيه . تلك التجارب التى تتحول بالمراث إلى غريزة الشعور بالواجب الخلقي والاجتماعى . وليس أدل على قصور ذلك الأساس من أن تلك التجارب تفترض وعياً فردياً مسبقاً (٤) ، والواقع

(١) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٣ ص ١١٠ .

(٢) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ١ ص ١٨١ ، ١٨٤ .

(٣) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٣ ص ١١٠ .

(٤) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ١٩٦ .

أن سينسر كان رغباً عنه^١ مثالياً يعتقد في تقدم الجنس البشرى عن طريق ارتفاع الحياة الاجتماعية المطرد نحو الكمال ، وإن كان يخفى ذلك تحت ستار مبادئ التطور البيولوجى (١) :

(ثالثاً) يؤخذ على هذا التصوير أنه ، رغم تسليمه بأن المجتمع يشبه الكائن الحى من أوجه ويختلف عنه من أوجه ، لم يقف فى المماثلة بينهما عند حدود القياس العلمى وإنما لجأ إلى أسلوب التشبيهات المجازية والاستعارات. البيانية (٢) . من ذلك المماثلة التى عقدها بين نظام الانتاج وجهاز التغذية ، بين نظام التوزيع والدورة الدموية ، بين نظام الاستهلاك والجهاز الهضمى والاخراجى .

(رابعاً) يؤخذ على هذا التصوير ما يؤخذ على المذهب الفردى (٣) ، الذى انتهى سينسر إلى ما انتهى إليه ، ولكن على أساس استخلاصه من تجارب اجتماعية متعددة (٤) . فهو قد انتهى إلى مبدأين قانونيين أساسيين يرى أن العدل المطلق عليهما وهما ، مبدأ الحرية الفردية الذى يقضى بأن لكل الحرية فى أن يفعل ما يريد ما دام لا يعتدى على حرية غيره (٥) ، ومبدأ المسئولية الذى يقضى بأن على كل أن يتحمل نتائج طبيعته وسلوكه الشخصى (٦) . وبناء على ذلك يعترف سينسر للفرد بمجموعة من الحقوق

(١) أنظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ٢٢٦ .

(٢) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ١ ص ١٨٥ .

(٣) أنظر فى ذلك ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ٣ ص ١١٣ .

(٤) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ١٩٨ .

(٥) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ١٩٨ ، فريدمان - المرجع السابق ص ٢٢٧ .

(٦) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ١٩٩ .

الطبيعية تماثل تلك التي تضمنها اعلان حقوق الانسان (١) . كذلك ينتهي
سبنسر ، كما سبق أن رأينا ، إلى وجوب عدم تدخل الدولة بين الأفراد
وقصر وظيفتها الداخلية على حماية الحقوق الفردية (٢) .

تلك هي أهم أوجه النقد التي توجه إلى التصوير الحيوي النسبي
للمجتمع (٣) ، عرضنا لها بعد أن عرضنا لأوجه النقد التي توجه إلى
التصوير الحيوي المطلق للمجتمع وبذلك نكون قد انتهينا من تفهيد المذهب
البيولوجي الذي يصور العضوية الاجتماعية تصويراً بيولوجياً حيوياً .

§ ٢ - العضوية الروحية

« المذهب الهيجل » (٤)

مضمون المذهب الهيجل :

٨٤ - إذا ذكر المذهب الهيجل ذكرت الشمولية العضوية ، التي

(١) أنظر في ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ٢٢٧ . ديلفكيو - المرجع السابق
ص ١٩٩ .

(٢) أنظر بافقدم ف ٨٠ .

(٣) أنظر في انتقادات أخرى ، مصطفى الخشاب - المرجع السابق ك ١ ص ١٨٢ -
١٨٥ ، ك ٣ ص ١١١ - ١١٥ .

(٤) أنظر في المذهب الهيجل : عبد الفتاح الديني - هيجل ، القاهرة ١٩٦٨ .
شاتليه - هيجل ، ترجمة جورج صفتي . دمشق ١٩٧٠ .

Hegel : Principes de la philosophie du droit, Gallimard. Précis de l'encyclo-
pédie des sciences philosophiques, Vrin. Fleischmann — La philosophie politi-
que de Hegel, Paris 1940. Weil — Hegel et l'état, Paris 1930. Vermeil — La
pensée politique de Hegel, in études sur Hegel, Paris 1931. Basch — Les doc-
trines politiques des philosophes classiques de l'Allemagne 1927. L. Lévy - Brühl
— La théorie de l'Etat dans Hegel, Séances et travaux de l'académie des scl.

يصل إليها هيجل وفقاً لمخطط جليل ، والتي تتحقق إذا تخلى الفرد عن نفسه الفردية ليستقر كعضو في ذلك الشمول العضوي الذي تجسده الدولة (١) ، هذه الدولة التي يجد الفرد في عضويتها وشمولها ذاته الحقيقية ، والتي تعد غاية في ذاتها لها حق مطلق على أفرادها (٢) . ولهذا فإن تلك الشمولية العضوية تنطوي على نزعة عضوية جماعية ، هي التي جعلتنا نعرض لها بين المذاهب العضوية الجماعية :

صحيح ان «هيجل» قد أراد أن يصل من تلك الشمولية العضوية إلى تحقيق التوافق بين الحرية الفردية والسلطة الجماعية ، وذلك بمقولة أنه مادام الفرد يجد ذاته الحقيقية في الدولة فإن خضوعه لسلطتها يكون خضوعاً لذاته الحقيقية ، فالفرد يجد في إرادة الدولة إرادته المعقولة ، بحيث إذا خالفت إرادته إرادتها كانت إرادة غير معقولة (٣) . وحين يطيع الفرد قوانين الدولة فإنه يحقق بالفعل تجاوزاً لظهوره الطبيعية ويبلغ مرحلة الحرية الحقيقية (٤) :

ences morales et politiques T. XXXIII, Maspétiol — Droit, société civil et Etat dans la pensée de Hegel, Archives de philosophie du droit T. XII 1967 p. 91. Villey — Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris 1957. Del Vecchio — Philosophie du droit, Paris 1953. Brimo — Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat, Paris 1967. Friedmann — legal theory, London 1967.

(١) أنظر في ذلك ، أديني - هيجل ص ١٣٦ .

(٢) أنظر ، هيجل - مبادئ فلسفة القانون ف ٢٥٨ .

(٣) أنظر في ذلك ، فريدمان - النظرية القانونية ص ٩٠ .

(٤) أنظر في ذلك ، أديني - المرجع السابق ص ٧٤ .

ولكن الواقع أن هذه المحاولة الهيكلية ظاهرها غير باطنها . فهي في ظاهرها توفق بين الحرية الفردية والسيادة الجماعية ، بينما في باطنها تغلب السلطة الجماعية على الحرية الفردية . هذا التغليب ، الذى يمكن فى أن الدولة لها حق مطلق على أفرادها (١) ، والذى لا ينفيه مجرد تصور أن الدولة مستحقة دائماً حرية الفرد (٢) ، أو أن الفرد سيجد حريته الحقيقية فى القيام بواجباته نحو الدولة (٣) . وهذا ما سنحقق منه عندما نحيط بإبعاد تلك الشمولية العضوية ونحدد مفاهيمها وموقفها من الفرد والدولة والقانون .

٨٥ - وتقتضى دراسة الشمولية العضوية أن نتبع المخطط الجدلى الذى وصل به هيجل إليها (٤) ، سواء كحقيقة واقعية تاريخية أو كحقيقة عقلية فكرية .

فن أسس الفلسفة الهيكلية عامة ان التقدم يجرى وفقاً لعملية جدلية تفرض نفسها كضرورة عقلية وتحقق التقدم من الفكرة إلى نقيضها إلى مركبها الذى يتألف فيه التقيضان . فكل فكرة تتضمن نقيضها الذى ينفيها كما هو الشأن فى فكرة الوجود التى تتضمن نقيضها وهو العدم . ومن الفكرة ونقيضها الذى يتضمن هو الآخر نقيضه نصل إلى مركب يولف بين النقيضين كما هو الشأن فى الصيرورة التى تولف بين الوجود ونقيضة العدم . وإذا كان مركب الموضوع أكثر ثراء وأوفر مضموناً

(١) أنظر ، هيجل - مبادئ فلسفة القانون ف ٢٥٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ٩٠ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل - مبادئ فلسفة القانون ، ملاحظات ف ٢٦١ ص ٢٧٨ - ٢٧٩ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل - مبادئ فلسفة القانون ف ٣١ .

من الفكرة ونقيضها فإنه يعود فيجربى عليه الجدل بحيث يصبح هو الفكرة
التي تتضمن نقيضها والتي يتألف منها ومن نقيضها مركب موضوع جديد
يجرى عليه الجدل من جديد (١) .

كذلك من أسس الفلسفة الهيكلية أن «كل ما هو واقع معقول ،
وكل ما هو معقول واقع» (٢) ، وأن العقل لا يتقدم التاريخ في الوجود أو يدفعه
نحو الوجود وإنما هو الذى يدخل إلى الوجود خلال التاريخ (٣) . فما يعد
بمجرد غريزة أو انفعال أعمى يتحول إلى عقل وإرادة خلال التاريخ (٤) ،
الذى يعد سجل الفكر ومحكمة الشعوب (٥) . ولهذا كانت فلسفة هيكل
صادرة عن تفسيره للتاريخ ووليدة خبرته التاريخية (٦) . ولهذا أيضاً علينا
أن نرجع مع هيكل إلى التاريخ وإلى الفكر لئلا نرى كيف وصل بتطبيق
منهجه الجدلى عليهما إلى الشمولية العضوية وتجسدهما في الدولة .

(١) أنظر في ذلك ، بريمو - الاجتماعات الكبرى لفلسفة القانون والدولة ، باريس
١٩٦٧ ص ١٥٢ . ديلفكيو - فلسفة القانون . باريس ١٩٥٣ ص ١٣٣ . فريدمان -
المرجع السابق ص ١٦٥ . الديدى - المرجع السابق ص ٢٥ ، ٤٦ .

(٢) أنظر في ذلك ، هيكل - مبادئ فلسفة القانون ، المقدمة ص ٤١ . بريمو -
المرجع السابق ص ١٥٢ . فريدمان - المرجع السابق ص ١٦٥ . ديلفكيو - المرجع السابق
ص ١٤٢ .

(٣) أنظر في ذلك بريمو المرجع السابق ص ١٥٢ ، هيكل - تقديم مبادئ فلسفة القانون لهيكل
ص ١٢ . الديدى - المرجع السابق ص ٢٩ .

(٤) أنظر في ذلك ، الديدى - المرجع السابق ص ٢٩ .

(٥) أنظر في ذلك ، فيل - دروس في تاريخ فلسفة القانون . باريس ١٩٥٧ ص ٤٠١ .

(٦) أنظر في ذلك ، الديدى - المرجع السابق ص ٤٣ .

الجانب التاريخي للمذهب الهيكل :

٨٦ - إذا رجعنا مع هيكل إلى التاريخ ، وجدنا أن خطوات التقدم التي تمثلت في تعاقب الأنظمة السياسية قد سارت وفقاً لمثلث جلدلي تقابل كل حلقة من حلقاته مرحلة سياسية تاريخية (١) .

٨٧ - أما المرحلة الأولى ، فتمثلها الامبراطوريات الشرقية القديمة حيث لم تكن تتوفر في الأنظمة السياسية حرية فردية وكان الفرد يخضع خضوعاً تاماً لارادة الحاكم . ففي هذه الأنظمة ، التي اختلفت فيها الشخصية الفردية وحقوقها (٢) ، لم يكن الفرد يملك حتى روحه وكانت الطاعة هي القانون الذي يتحكم في وجوده . ولهذا كان الاضطراب يسود حيث لا تتوافر الطاعة والسيطرة لحاكم تركز فيه كل السلطات وتكون الحرية له وحده (٣) . وهذه المرحلة التي تعد الحلقة الأولى في المثلث الجلدلي نواجه فيها فكرة التحكم أو الساطة .

٨٨ - أما المرحلة الثانية ، فتنقسم إلى فترتين تمثل أحدهما حضارة اليونان ، وتمثل الثانية حضارة الرومان .

فع الحضارة اليونانية ، التي كانت أنظمتها السياسية ذات طابع ديمقراطي أرستقراطي ، برزت الفردية ونمت حتى استطاع البعض الحصول على حريتهم الفردية ؛ وبظهور الحرية الفردية ، التي تعد نقيض

(١) أنظر في ذلك ، فيل - المرجع السابق ص ٣٩٩ .

(٢) أنظر ، هيكل - مبادئ فلسفة القانون ف ٣٥٥ .

(٣) أنظر في ذلك ، فيل - المرجع السابق ص ٤٠٠ . الديلي - المرجع السابق ص ٣٠ .

ثالثه - هيكل ، ترجمة جورج صدفى ، ص ٢٠٦ - ٢٠٧ .

السلطة المطلقة ، ظهر تقيض فكرة المرحلة الأولى وبدأت الحلقة الثانية من حلقات المثلث الجلسي (١) :

ومع الحضارة الرومانية ، التي كانت أنظمتها أكثر قوة وصلابة ، تغلب النظام على الحرية (٢) ، وارتقت فكرة الدولة بحيث صار لها أن تخضع إرادة الأفراد (٣) . وإذا كانت ثمة حقوق شكلية للفرد ، فإن الحفاظ على هذه الحقوق كان مقابل استبداد مجرد (٤) . وهكذا فإن الفرد ، الذي تعرض للانتفاء انتفاء كاملاً في العموم في الإمبراطوريات الشرقية القديمة ، والذي بزغ بزوغاً جزئياً في اليونان ، عاد مدججاً من جديد في العموم على مستوى أعلى في الإمبراطورية الرومانية (٥) . ومؤدى ذلك أن التناقض الذي برز بين فكرة السلطة المطلقة وتقيضها وهو الحرية الفردية لم يصل بعد إلى التآلف ، وإنما حسم لمصاحبة السلطة في هذه الفترة الثانية من المرحلة الثانية :

٨٩ - وأما المرحلة الثالثة ، فقد بدأت في أوروبا المسيحية تحت تأثير عوامل متعددة واكتملت في بروسيا الملكية تحت تأثير الثقافة الجرمانية :

ففي أوروبا المسيحية ، أخذ الفرد يتمرد ضد الضغط الموضوعي الواقع على شخصه من السلطة الحاكمة وصار يبحث عن مخرج محاولاً

(١) أنظر في ذلك ، هيجل - مبادئ فلسفة القانون ف ٢٥٦ . فيل - المرجع السابق ص ٢٠٧ - ٢٠٨ .

(٢) أنظر في ذلك ، فيل - المرجع السابق ص ٤٠٠ .

(٣) أنظر في ذلك ، الديدي - المرجع السابق ص ٣٠ .

(٤) أنظر في ذلك ، هيجل - مبادئ فلسفة القانون ف ٣٥٧ .

(٥) أنظر في ذلك ، الديدي - المرجع السابق ص ٣٠ - ٣١ .

أن ينمى علماً خاصاً ذاتياً يتحرك فيه بحرية (١) . ونحت تأثير النزعة الشخصية للفكر المسيحي ، والنزعة التحررية للفكر السياسي في القرن الثامن عشر ، ساد المذهب الفردى (على أساسه قامت الثورة الفرنسية ووصلت إعلان حقوق الإنسان (٢) . وبذلك تكون الحرية الفردية باعتبارها نقيض فكرة الخضوع للسلطة قد وصلت إلى نفي هذه الفكرة ولكن لم تصل بعد إلى أن تتآلف معها ليتكون من تآلفها مركب الموضوع الذى يؤلف بين النقيضين .

وفى بروسيا الملكية ، ونحت تأثير الثقافة الجرمانية ، أمكن فى النهاية الوصول إلى المركب الذى يتآلف فيه النقيضان: الحرية والسلطة (٣) . وهذا ما تحققت عندما تم التغلب على الصراع بين الكلى والجزئى والتنسيق بينهما تنسيقاً منسجماً فى دستور تلك الدولة الملكية التى ينزع فيها الفرد بحرية نحو الصالح العام ويجعل من إرادته وإرادة الفرد ذى الساطة العليا شيئاً واحداً لأنه يرى فيه مأوى للسلطة والسيادة وفى إرادته الإرادة العاقلة ، فبذلك لا يبقى نزاع بين الذاتى والموضوعى أو بين الجزئى والكلى أو بين الفردى والاجتماعى ، وإنما يتحد هذا كله فى تركيبة تمثل تصور الحرية وهى تجعل منه كله شيئاً واحداً (٤) . وبالوصول إلى تلك التركيبة الموجودة سلفاً قبل عنصرها (٥) يكون الفكر قد عاد إلى نفسه وقد أثاره التوافق

(١) أنظر فى ذلك ، الدينى - المرجع السابق ص ٣١ .

(٢) أنظر فى ذلك ، قيل - المرجع السابق ص ٤٠٠ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل - مبادئ فلسفة القانون ف ٢٥٨ فىل - المرجع السابق ص ٤٠٠

الدينى - المرجع السابق ص ٣١ . شاتليه - المرجع السابق ص ٢١٠ .

(٤) أنظر فى ذلك ، الدينى - المرجع السابق ص ٣١ .

(٥) أنظر فى ذلك ، الدينى - المرجع السابق ص ٤٦ .

الانسجام بين مبادئ السياسة الخاصة بالحكمين المطلق والفردى أو بين
الطغيان والديمقراطية أو بين التآزر القوى والحرية الشخصية (١) .

وبعد أن رجعنا مع هيجل إلى التاريخ لنرى كيف وصل به تطبيق
مخططة الجدلى عليه إلى ذلك الشمول العضوى الذى تجسده الدولة ، ينبغي
أن نرجع معه أيضاً إلى الفكر لنرى أيضاً كيف وصل إلى ذلك بتطبيق منهجه
الجدلى عليه .

الجانب العقل للمذهب الهيجل :

٩٠ - إذا مارجعنا مع هيجل إلى العقل ، وجدنا أن الفكرة تتقدم
تقدماً جدلياً من الفكرة فى ذاتها ، إلى نقيضها وهو الفكرة خارج ذاتها
إلى مركبها الذى يؤلف بين تناقضهما وهو الفكرة فى ذاتها ولذاتها
أى الروح . وهذا الروح بدوره يتقدم جدلياً من الروح الذاتى ، إلى نقيضه
الروح الموضوعى ، إلى مركبها الروح المطلق . ولكل من الروح الذاتى
والموضوعى والمطلق مستوياته الجدلية : فالروح الذاتى له ثلاث مستويات
جدلية هى الشعور والتفكير والوعى . والروح الموضوعى له ثلاث مستويات
جدلية يطلق عليها هيجل «القانون المجرده» و«الاخلاق الذاتية» و«الأخلاق
الموضوعية» . والروح المطلق له ثلاث مستويات جدلية هى الفن والدين
والفلسفة (٢) .

والروح الموضوعى هو الذى ينبغي أن نقف عنده لنرى كيف وصل منه
هيجل إلى ذلك الشمول الذى تجسده الدولة الذى ينطوى على نزعة عضوية

(١) أنظر فى ذلك ، الدينى - المرجع السابق ص ٣١ .

(٢) أنظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ١٦٥ - ١٦٦ . ديلفكيو - المرجع
السابق ص ١٣٤ . بريمو - المرجع السابق ص ١٥٣ . الدينى - المرجع السابق ص ٩٧ - ٩٨ .

جماعية . ذلك أن الدولة هي قمة أنظمة الأخلاق الموضوعية التي يصل إليها الروح الموضوعي في تقدمه الجليلي .

وحتى يمكن أن نتبع المسار الجليل لهذا الروح الموضوعي ينبغي أن نكون على بينة من أن محوره الإرادة . فكما أن الإرادة ، لا المعرفة ، هي قمة الروح الداني ، وهي التي تنقلنا من هذا الروح الداني إلى الروح الموضوعي (١) ، فكذلك تعد الإرادة محور الروح الموضوعي ونقطة انطلاق القانون وأساسه (٢) . وكما أن تطور الروح ليس سوى المراحل التي يمر بها حتى يصل إلى الظهور كإرادة (٣) ، فكذلك لا تكون الإرادة إرادة حقيقية إلا بكونها إدراكاً مفكراً (٤) . ولهذا حرص هيغل على أن يصدر مبادئ فلسفة القانون (٥) ، التي لا تعلق أن تكون مبادئ الروح الموضوعي ، بتأصيله للإرادة الحرة يحدد مفهوم كل من الإرادة والحرية (٦) . ولهذا أيضاً كان لابد أن نحرص على أن نكون على بينة من تحديده للإرادة وحريتها .

٩١ - وبالنسبة للإرادة ، يميز هيغل بين لحظات ثلاث تمر بها : لحظة التجرد ، ولحظة التحدد ، ولحظة الوحدة .

-
- (١) أنظر في ذلك ، هيوليت - تقديم مبادئ فلسفة القانون لهيغل ص ٩ - ١٠ .
(٢) أنظر في ذلك ، هيغل - م.ف. ق. ، ف ٤ ص ٥٧ .
(٢) أنظر في ذلك ، هيغل م.ف. ق. ، ملاحظات ف ٤ ص ٥٨ .
(٤) أنظر في ذلك ، هيغل م.ف. ق. ، ملاحظات ف ٢١ ص ٧١ . فريدمان - المرجع السابق ص ١٦٦ .
(٥) أنظر ، ص ٥٧ - ٨٧ .
(٦) أنظر في ذلك ، هيوليت - تقديم مبادئ فلسفة القانون لهيغل ص ١٢ .

أما لحظة التجرد ، فهي لحظة التأمل في الأنا moi ذاته مجرداً عن أى تعيين أو مضمون ، مباشر أو غير مباشر ، مستمد من الطبيعة أو من الرغبات أو من الفرائز (١) . وهنا يكون وجه الإرادة هو التجرد من أى تعيين وجد أو وضع فيه الشخص . ولهذا نكون بصدد ارادة سلبية ، الهدم هو الذى يشعرها بوجودها (٢) .

وأما لحظة التحدد ، فهي لحظة انتقال الأنا من اللاتعيين إلى التعيين النوعى ، الذى يصبح طابعاً لمضمون أو لحل مستمد من الطبيعة . أو ناتج عن أحد مفاهيم الفكر . وهذا التعيين يدخل الأنا فى الوجود العام كجزء منه . ولهذا تمثل هذه اللحظة الجانب الجزئى فى الأنا (٣) .

وأما لحظة الوحدة ، فهي اللحظة التى تتحد فيها اللحظتان السابقتان -والتي يرتفع فيها الجزئى المتأمل نفسه إلى مستوى الكلى (٤) . ولهذا فان الإرادة تكون ، من وجه كلية ، ومن وجه جزئية أو فردية (٥) . ولهذا كما يرتبط بها وصل اليه هيكل من مثول الكلى فى الجزئى ، ومن أن كل مفرد هو لقاء بين تيارين أو توافق بين حركتين أو تركيز لعنصرين يطلق على أحدهما الكلى أو الجنس ويطلق على الآخر الجزئى أو الفصل (٦) ،

٩٢ - وبالنسبة لحرية الإرادة ، يفرق هيكل بين الإرادة الحرة

(١) أنظر فى ذلك ، هيكل م . ف . ق ، ف ه ص ٥٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيكل م . ف . ق ، ملاحظات ف ه ص ٥٨ ، وتقديم هيوليت ص ١٠ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيكل م . ف . ق ، ف ٦ ص ٦٩ .

(٤) أنظر فى ذلك هيكل - م . ف . ق ، ف ٧ ص ٦١ .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيكل م . ف . ق ، ملاحظات ف ٧ ص ٦١ .

(٦) أنظر فى ذلك ، الديلى - المرجع السابق ص ٣٤ .

في ذاتها أو الإرادة المباشرة الطبيعية ، والإرادة الحرة في ذاتها ولذاتها
أو الإرادة العاقلة الحقيقية .

فأما الاوادة الحرة في ذاتها أو الإرادة المباشرة الطبيعية ، فهي رغم
كل قول ارادة غير حرة (١) . ذلك أن مضمون هذه الإرادة حلة من
التعيينات المباشرة هي غرائز ورغبات وميول تجد الإرادة نفسها فيها
محددة بالطبيعة (٢) . وإذا كانت الإرادة تقرر أى الغرائز تقدم لأوى
موضوعاتها ووسائل اشباعها تختار (٣) ، فالواقع أنها لا تملك
أو لا ينتمى إليها سوى القرار المنفرد ، أما المضمون فلا يكون بعد من عمل
حريتها وهو الذى يكون خارجياً عنها (٤) . فليس يصحیح أن حقيقة
حرية الإرادة تكمن في حرية الاختيار «Libre - arbitre» ، التى
تجمع بين التأمل الجهر المتخلص من كل شيء والخضوع للمضمون المعطى
داخلياً أو خارجياً ، إذ أنه ما دام هذا المضمون يعد بالنسبة للتأمل ضرورياً
وممكناً في ذات الوقت ، فان حرية الاختيار تعبر عما يكمن في الإرادة
من احتمال (٥) . وبمجرد أن ذلك المضمون يكون على نحو ما من معطيات
الشعور لا ينفي عنه خارجيته ، لأن ذلك الشعور يكون ممثلاً إلى حد
لا يكون معه المضمون من فعل نشاط الإرادة في تحديد نفسها بنفسها .

(١) أنظر في ذلك ، هيجل م. ف. ق. ، ملاحظات ف ٢٢ ص ٧٢ .

(٢) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١١ ص ٦٤ .

(٣) أنظر في ذلك ، هيجل م. ف. ق. ، ف ١٢ ص ٦٥ .

(٤) أنظر في ذلك ، هيجل م. ف. ق. ، ف ١٣ ص ٦٦ .

(٥) أنظر في ذلك ، هيجل م. ف. ق. ، ف ١٥ ص ٦٧ .

لهذا فان حرية الاختيار التي تزعم أنها الحرية تكون مجرد وهم . فهي ليست
الارادة في حقيقتها وانما الارادة في تناقضها (١) .

وأما الارادة الحرة في ذاتها ولذاتها ، أو الارادة الكلية العاقلة ، فهي
وحدها الارادة الحرة ، لأن مقصودها وموضوعها وهدفها هو الارادة
ذاتها ، هو الكلي العقلي اللامتناه (٢) . فن حيث أن موضوع هذه الارادة
هو الارادة ذاتها ، فان هذا الموضوع لا يعد قيداً على الارادة التي تكون
قد عادت إلى ذاتها واسقطت عنها أية تبعية لما عداها (٣) . ومن حيث
أن هدف هذه الارادة هو الكلي العقلي ، فانها تكون قد تجاوزت وتخطت
التعيينات المباشرة الطبيعية والخصوصيات الفردية التي تلحق بها ، ذلك
ان الارتفاع إلى مستوى الكلية العقلية لا يكون الا بذلك التجاوز والتخطي
الذي يحققه الفكر القائم في الارادة . ولهذا فان الارادة لا تكون ارادة
حقيقية الا بكونها تعقلاً مفكراً (٤) .

ومؤدى ذلك أن الحرية عند هيجل ليست قدرة واقعية على الاختيار (٥) ،
وانما هي حركة تحرر يعلو بها الفرد على الحد الذي يحدّه (٦) . وهذا
ما يرتبط بما يفرضه هيجل على الفكر من أن يعثر على مضمون يعطيه
تعيينه ، وأن يتبع ذلك بالتعرف على نفسه في هذه الصورة الطائشة التي

(١) أنظر في ذلك ، هيجل . م . ف . ق ، ملاحظات ف ١٥ ص ٦٧ - ٦٨ . ماسبيول -
الأسره ، المجتمع المدني ، وال الدولة عند هيجل ، أرشيف فلسفة القانون ج ١٢ ص ١٩٦٧ ص ٩٤ .

(٢) أنظر في ذلك ، هيجل . م . ف . ق . ، ف ٢١ ص ٧١ .

(٣) أنظر في ذلك ، هيجل - م . ف . ق . ، ملاحظات ، ف ٢٢ ص ٧٢ ف ٢٣ ص ٧٣ .

(٤) أنظر في ذلك ، هيجل . م . ف . ق . ، ملاحظات ف ٢١ ص ٧١ .

(٥) أنظر في ذلك ، شاتلية - المرجع السابق ص ١٤٠ .

(٦) أنظر في ذلك ، الدينى - المرجع السابق ص ٧٥ .

وهي لنفسه لكي يتجاوز تعيينه الذي بين نفسه فيه . وهذا الاجتياز هو الحرية الحقيقية ، التي تعد مركب الموضوع من الحرية بمعناها العادي ونقيضها الضرورة (١) . لهذا فان الفكر العملي لا يعد ارادة حرة الا بالقدر الذي يستطيع فيه الأنا أن يتخطى كل تعيين يجد نفسه فيه ، وبالقدر الذي يبقى فيه مع كل تعيين لا يعيننا ومساوياً لنفسه (٢) . ولهذا أيضاً ، فان الحرية ليست تلقائية ، ولا من معطيات الوعي المباشرة ، وانما هي ثمرة صراع ضد الطبيعة وبجهد موثم للنفس ، إذ تفترض أن الانسان يعرف على نفسه بأنه ليس ما هو عليه أو ليس بحاله الذي هو فيه (٣) .

٩٣ - وبعد أن وقفنا على تأصيل هيكل الحرية باعتبارها محور الروح الموضوعي الذي تتوجه الدولة ، يمكننا أن نتبع مع هيكل خطوات التقدم الجليل لهذا الروح الموضوعي حتى نصل إلى الدولة وما تجسده من شمول عضوي يجد فيه الفرد حريته الحقيقية .

والروح الموضوعي الذي يصل منه هيكل إلى ذلك ، هو روح القانون ، هو الروح الذي يقيم لنفسه عالماً قانونياً بالمعنى الهيكل الواسع للقانون . فهو يقصد بالقانون كل ما ينطوي على معنى القرض والالزام (٤) ، أو كل ما من شأنه أن يحدد ويحقق الحرية (٥) . ولهذا يتسع القانون .

(١) أنظر في ذلك ، الديلى المرجع السابق ص ٧٤ - ٧٥ .

(٢) أنظر في ذلك ، شاتليه - المرجع السابق ص ١٥٣ ، حيث أشار إلى ف ١٧٤ من التمهيد الفلسفي لهيكل ترجمة دوجانديك ص ٢١٢ .

(٣) أنظر في ذلك ، الديلى - المرجع السابق ص ٧٤ - ٧٥ .

(٤) أنظر في ذلك ، الديلى - المرجع السابق ص ١٣٨ - ١٣٩ .

(٥) أنظر في ذلك ، ماسينيول - البحث السابق ص ٩٣ .

عند هيجل لما تفرضه الأخلاق من واجب وما يجلبه من حرية . فالأخلاق ، ذاتية كانت أو موضوعية لا تعلو أن تكون قانوناً يحدد ويحقق الحرية (١) .

ويمر القانون ، أو الروح الموضوعي ، في تقدمه الجليل ، بمستويات ثلاث ، المستوى الأول ، مستوى الموضوع الذي يطلق عليه هيجل القانون المجرد ، والذي في مجاله تعي الذات نفسها بوصفها شخصاً *Personne* مجرداً كلياً (٢) . والمستوى الثاني ، مستوى تقيض الموضوع ، الذي يطلق عليه هيجل الأخلاق الذاتية ، والذي في مجاله يعي المرء نفسه بوصفه ذاتاً *Sujet* باطنة أخلاقية (٣) . والمستوى الثالث ، مستوى مركب الموضوع ، الذي يطلق عليه هيجل الأخلاق الموضوعية ، والذي في مجاله يعي المرء نفسه بوصفه جوهر *Substance* اجتماعياً (٤) .

٩٤ - المستوى الأول : القانون المجرد : يبدأ القانون قانوناً مجرداً يحقق حرية مجردة خارجية هي حرية المرء بوصفه شخصاً حراً كلياً مجرداً عن أى تحديد أو خاصية ، فأساس القانون المجرد هو الشخصية *La personnalité* (٥) ، التي تعني أنه رغم كون الفرد فرداً معيناً مكتمل حرية الاختيار والفرائز والرغبات ، فإنه يعرف في النهاية أنه لا محدود

(١) أنظر في ذلك ، هيجل - م ، ف ، ق ، ملاحظات ف ٣ ص ٧٨ الدينى - المرجع السابق ص ١٤٠ .

(٢) أنظر في ذلك ، هيجل م ، ف ، ق ، ف ٣٥ وملاحظاتها ص ٧٤ .

(٣) أنظر في تفرقة هيجل بين الشخص والذات ، هيوليت - تقديم مبادئ فلسفة القانون هيجل ص ١٨ .

(٤) أنظر في ذلك ، هيوليت - تقديم مبادئ فلسفة القانون هيجل ص ٢٢ .

(٥) أنظر في ذلك ، هيجل - م ، ف ، ق ، ف ٣٦ ص ٨٤ .

وكلى وحر (١) ، كما يعرف نفسه كوضوع خارجى يرتفع به الفكر إلى مصاف اللامتناه (٢) .

٩٥ - وينبئ على ذلك : أولاً ، أن القانون المبرد لا يعتد بالمصلحة الخاصة ، ولا بالدافع أو القصد الخاص (٣) . ثانياً ، أن التكليف الذى يفرضه القانون المبرد هو « كُن شخصاً واحترم الآخرين كأشخاص » (٤) . ثالثاً ، أن الحرية التى يحققها القانون المبرد حرية مجردة خارجية مباشرة تتجسم فى شيء خارجى (٥) . رابعاً ، أن الحقوق التى يقرها القانون المبرد هى حقوق الشخص بوصفه شخصاً . فحسب وبغض النظر عن انتهائه لدولة (٦) .

٩٦ - ويؤلف القانون المبرد مثلاً جدلياً اضلاعه ، الملكية التى تمثل عنصر الموضوع ، والعقد الذى يمثل عنصر نقيض الموضوع ، وعدم المشروعية Injustice الذى يمثل عنصر مركب الموضوع .

٩٧ - فلى إطار الملكية ، نواجه الشخصية وقد تجسدت حرمتها فى شيء خارجى تعزوه الإرادة لنفسها وتقف فى علاقة مباشرة معه (٧) .

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل - م.ف.ق. ، ف ٣٥ ص ٨٣ - ٨٤ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل - م.ف.ق. ، ملاحظات ف ٣٥ ص ٨٤ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل - م.ف.ق. ، ف ٢٧ ص ٨٥ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل - م.ف.ق. ، ف ٣٦ ص ٨٤ .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل - م.ف.ق. ، ف ٣٣ ص ٨٥ .

(٦) أنظر فى ذلك ، برعمو - المرجع السابق ص ١٥٣ . فريدمان - المرجع السابق ص ١٦٦ .

(٧) أنظر فى ذلك ، الدينى - المرجع السابق ص ١٣٩ ، ١٤٢ .

فإن التملك يعبر الشخص عن سيادة ارادته تجاه الأشياء (١) ، وبالحيازة التي
 أن تقرن بإرادة التملك تتخذ الإرادة شكلاً خارجياً يمكن التعرف عليه
 من الغير (٢) . وبالصنع الذي يعد من صور الحيازة يختبر الشخص حرية
 اختياراً تجريبياً بوصفها قدرة على التحويل (٣) ، وإذا كانت الملكية
 تبدو كأداة تحقق حاجة الشخص ورغباته ، فالحقيقة أنها تحقق الحرية
 وجودها الأول وتعد غايتها الجوهرية (٤) . ولما كان ما من تملك إلا
 التملك المعترف به ، فإن الحرية لا تتحقق إلا إذا سوغ القانون الملك الذي
 تصبح الحرية به أمراً واقعاً . والقانون هنا هو القانون المبرد أو الخاص ، الذي
 يكون بهذا الوصف فاقداً لحقيقة ستعطيه إياها الدولة (٥) .

٩٨ - وفي إطار العقد ، يواجه القانون المبرد الشخصية في علاقتها
 بشخصية أخرى ليس لكل منها وجود بالنسبة للآخرى إلا بما لها من ملكية (٦) ،
 هذه الملكية التي تنقطع عن شخص وتوكل إلى شخص بمقتضى العقد (٧)
 الذي تتجسد فيه إرادتهما المشتركة (٨) ، والذي ينطوي على توسط
 إرادة شخص آخر سواء فيما يتعلق بالنزول عن الملكية أو اكتسابها (٩) .

(١) أنظر في ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ١٦٦ .

(٢) أنظر في ذلك ، هيجل سم. ف. ق. ، ف ٥١ ص ٩٦ .

(٣) أنظر في ذلك ، شاتليه - المرجع السابق ص ١٧٨ . هيجل سم. ف. ق. ، ف ٥٦ ص ٩٩
 وملاحظاتها ص ١٠٠

(٤) أنظر في ذلك ، هيجل سم. ف. ق. ، ف ٤٥ ص ٩١ وملاحظاتها .

(٥) أنظر في ذلك ، شاتليه - المرجع السابق ص ١٧٨ .

(٦) أنظر في ذلك ، هيجل سم. ف. ق. ، ف ٤٠ ص ٨٦ .

(٧) أنظر في ذلك ، هيجل سم. ف. ق. ، ف ٧٤ ص ١١٧ . الذي - المرجع السابق ص ١٤٢

(٨) أنظر في ذلك ، هيجل سم. ف. ق. ، ف ٧٥ ص ١١٧ .

(٩) أنظر في ذلك ، هيجل سم. ف. ق. ، ف ٧١ ص ١١٥ ، ف ٧٤ ص ١١٧ .

ولهذا فإنه يظهر ويختفى في العقد التناقض بين أن يكون الشخص مالكا لنفسه وباستبعاد أى شخص آخر ، وأن يزل عن ملكيته بإرادته المشتركة مع إرادة شخص آخر (١) . ولما كان كل من الطرفين المتعاقدين يتصرف تجاه الآخر كشخص مستقل ، فإن العقد يكون نتاج حريتهما في الاختيار (٢) ؛

٩٩ - وفي إطار عدم التشريعية (٣) ، يواجه القانون المحرر انقسام الشخصية على نفسها نتيجة لتعارض إرادة الشخص الجزئية التي مخالفت القانون مع الإرادة الكلية (٤) . هذا التعارض الذي يجب نفي ما ينطوي عليه من نفي للقانون ، وذلك بإلغاء إرادة الشخص الجزئية المخالفة للقانون أو الاكتصاص من هذا الشخص (٥) . وبهذا النفي للنفي ، الذي تكون له الصفة القانونية (٦) ، والذي يعد في ذاته عدلا وتحقيقاً للحرية (٧) ، يعود الحق أو القانون إلى نصابه (٨) . إلا أن القانون المحرر يقف عند مجرد المطالبة بذلك (٩) ، وعند مجرد عدالة الأغلغ بالتأثر أو القصاص (١٠) .

(١) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ٧٢ ص ١١٦ .

(٢) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ٧٥ ص ١١٧ . هيجل - ف ٧٥ .

(٣) عدم المشروعية ترجع بتصرف لكلمة *Injunctio* ، التي يمكن ترجمتها ترجمة حرفية بالأعدل ، والتي ترجمها الديني بالخطأ أو الأثم (الديني - المرجع السابق ص ١٤٣) ، وترجمها جورج صديقي باللاحق (أنظر ترجمته لمؤلف شاتليه السابق الإشارة إليه ، الجدول المقابل ص ٢٠٨) .

(٤) أنظر في ذلك ، الديني - المرجع السابق ص ١٤٢-١٤٤ . فريدمان - المرجع السابق ص ١٦٧ هيجل - مبادئ فلسفة القانون ف ٤٠ ص ٨٦ .

(٥) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ٨٩ ص ١٢٨ ، ف ١٠٢ ص ١٣٨ .

(٦) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ٩٣ ص ١٣٠ .

(٧) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٠٠ ص ١٣٥ .

(٨) أنظر في ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ١٦٧ . هيجل - مبادئ فلسفة القانون ف ٨٢ ص ١٢٥-١٢٦ ، ف ٩٩ ص ١٤٣ .

(٩) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ٨٦ ص ١٢٧ ، ف ٨٩ ص ١٢٨ .

(١٠) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٠٢ ص ١٣٨ - ١٣٩ .

ولهذا فإن الوقوف عند القانون المجرد يجعل العلاقات الاجتماعية تنالها غير محدود من الأخذ بالتأثر والانتقام (١) . ولهذا ، أيضاً ، تظهر الحاجة إلى عدالة أخرى وقانون آخر وحرية أخرى : عدالة لا تنتقم وإنما تعاقب ، وقانون لا يجرد الشخص من ذاتيته وإنما ينبع من ذاته الاخلاقية (٢) ، وحرية لا تتحقق تحققاً خارجياً وإنما تحققاً داخلياً (٣) . وذلك القانون الآخر هو قانون الاخلاق الذاتية .

١٠٠- المستوى الثاني : الاخلاق الذاتية (٤) : يتمثل الانتقال من القانون المجرد إلى الاخلاق الذاتية في عودة الارادة إلى ذاتها (٥) ، وحرصها على أن تكون متوافقة مع تصور الارادة أو مع ما ينبغي أن تكون عليه الارادة (٦) . فعودة الارادة إلى نفسها هي عودتها من الخارج إلى الباطن (٧) ، من التعبير عن شخصية مجردة إلى التعبير عن ذات عميقة ، من التحديد المباشر إلى التحديد الذاتي (٨) . وحرص الارادة على أن تكون كما يجب أن تكون ، هو حرص الارادة على أن تكون ارادة اخلاقية (٩) تتجسد

(١) أنظر في ذلك ، شاتليه - المرجع السابق ص ١٨٠ .

(٢) أنظر في ذلك ، هيجل - م.ف. ق. ، ف ١٠٣ ص ١٣٩ .

(٣) أنظر في ذلك ، شاتليه - المرجع السابق ص ١٨١ .

(٤) أنظر ، الديدي - المرجع السابق ص ١٤٣ - ١٥١ . ماسيتول - البحث السابق ص ١٠٥ - ١٠٦ ، ص ١٠٢ حيث يقرب بين الاخلاق الذاتية والحق الشخصي .

(٥) أنظر في ذلك ، هيجل - م.ف. ق. ، ف ١٠٥ ص ١٤٣ . فريدمان - المرجع السابق .

ص ١٦٧ . الديدي - المرجع السابق ص ١٤٥ .

(٦) أنظر في ذلك ، الديدي - المرجع السابق ص ١٤٥ .

(٧) أنظر في ذلك ، هيجل - م.ف. ق. ، ف ٣٣ ص ٨٠ .

(٨) أنظر في ذلك ، هيجل - م.ف. ق. ، ف ١٠٤ ص ١٤٠ . وملاحظاتها ، ف ١٠٥ ص ١٤٣ ، ف ١٠٧ ص ١٤٤ ، ف ١٠٩ ص ١٤٦ .

(٩) أنظر في ذلك ، الديدي - المرجع السابق ص ١٤٤ .

جربها في توافقها مع نفسها (١) . وبذلك تصبح الإرادة إرادة أخلاقية ذاتية يحكمها قانون الأخلاق الذاتية .

١٠١ - وينبئ على ذلك : أولاً ، أن الأخلاق الذاتية تعد أصلاً بداخل النفس ، بحالتها الباطنة ، بأغراضها ومقاصدها (٢) . ثانياً ، أن الأخلاق الذاتية تحقق حرية داخلية ذاتية ، مناطها توافق الإرادة مع نفسها (٣) . ثالثاً ، أن الأخلاق الذاتية تعتمد على الوعي الذاتي أو الرضا الذاتي وتستبعد كل الواجبات الوضعية نحو الأسرة والمجتمع والدولة التي يكون مجالها الأخلاق الموضوعية (٤) .

١٠٢ - وتوجد في هذا الإطار الذاتي الأخلاقي ثلاثة مقولات جدلية :
الأولى ، مقولة المشروع والمسئولية *Projet et Responsabilité* .
والثانية ، مقولة القصد والرفاهية *Intention et Bien-être* .
والثالثة ، مقولة الخير واليقين الأخلاقي *Bien et Certitude morale* .

١٠٣ - فاما مقولة للمشروع والمسئولية ، ففحواها أن الإرادة الذاتية لا تكون مسئولة إلا عما يدخل في حدود المشروع الذي رسمته لفعلها (٥) . فمن حق الإرادة ألا يعد من فعلها سوى ما يكون معروفاً لها

(١) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٠٦ ص ١٤٣ وملاحظاتها ص ١٤٤ ، ف ١٠٩ ص ١٤٥ - ١٤٦ ، ف ١١٠ ص ١٤٦ ، ماسبيول - البحث السابق ص ١٠٢ .

(٢) أنظر الدينى - المرجع السابق ص ١٤٣ .

(٣) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١١٠ ص ١٤٦ .

(٤) أنظر في ذلك ، الدينى - المرجع السابق ص ١٣٩ ، ١٤٥ .

(٥) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١١٥ ص ١٤٩ - ١٥٠ .

مائلا في تصورهما (١). ومن حق الارادة ، كذلك ، ألا ينسب اليها من توابع فعلها سوى تلك التي تكون قد قدرتها وتديرتها (٢). فالارادة الأخلاقية تضع الفروق والتمييزات بين الأسباب وبين النتائج (٣) ، وذلك لأن الفرد قد يكون مصدر فاعلية غير خاضعة لسيطرته ولا يستطيع أن يكون هو نفسه مصدرها (٤). ولهذا لزم قبل توجيه اللوم أو المدح أن نتسأل : هل فعل الفرد الفعل حقيقة أو أنه كان مجرد أداة مر بها الفعل فأصبح حدثاً ؟ وهل كانت نتائج الفعل حاضرة في ذهنه وتقديره (٥) ؟

١٠٤ - وأما مقولة القصد والرفاهية ، ففحواها أن الارادة الذاتية

تقصد بفعلها ارضاء خاصية الذات بتحقيق وضع كلي هو الرفاهية (٦) ، فمن حق الذات أن تجد في فعلها ارضاء لها ، وتحقيقاً لرفاهيتها (٧) ، ولما كان أساس ذلك أن الذات موجود حر ، فإن القصد المتجه إلى تحقيق الرفاهية الخاصة لا يمكن أن يبرر فعلا ينقض ذلك الأساس. ويخالف القانون ، حتى إذا كان متجهاً إلى تحقيق رفاهية الغير في نفس الوقت (٨) ، إلا أنه في حالة تعرض الوجود الشخصي للخطر وتعارضه مع ملكية الغير

(١) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١١٧ ص ١٥٠ - ١٥١ .

(٢) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١١٨ ص ١٥١ .

(٣) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ملاحظات ف ١١٥ ص ١٥٠ ، ف ١١٨ وملاحظاتهما ص ١٥٠ - ١٥١ .

(٤) ، (٥) أنظر في ذلك ، الديدي - المرجع السابق ص ١٤٦ .

(٦) أنظر في ذلك ، الديدي - المرجع السابق ص ١٤٧ ، ١٤٨ . هيجل - مبادئ فلسفة القانون ف ١٢١ ص ١٥٤ ، ف ١٢٣ ص ١٥٥ .

(٧) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٢١ ص ١٥٥ ، ملاحظات ف ١٢٤ ص ١٥٦ .

(٨) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٢٦ وملاحظاتهما ص ١٥٨ - ١٥٩ ، ف ١٢٣ ص ١٥٥ .

القانونية ، فانه يحق دفع ذلك الخطر ، إذ نكون بين اخلال لا محدود بالموجود الحر وبين تقييد محدود للحرية (١) . وهذا ما يكشف عن أن كلا من القانون والرفاهية محدود غير حتمى . ولهذا ، ووفقاً لخط السير الجدى من المحدود إلى اللا محدود ، لزم تجاوزهما والانتقال منهما إلى الخير باعتباره الكلى الكامل وإلى اليقين الاخلاقى باعتباره الذاتية غير المحدودة التى تمحدد مضمونها داخل نفسها (٢) .

١٠٥ - **وأما مقولة الخير واليقين الاخلاقى** ، ففحوها أن الارادة الذاتية يجب أن تستهدف ما هو خير طبقاً ليقينها الاخلاقى . فالخير هو الفكرة التى يتحد فيها تصور الارادة والارادة الفردية (٣) . ولا يكون للارادة من قيمة الا بتوافق مقصدها وتقديرها مع الخير الذى يجب أن يكون بنورها وغايتها ، والذى يجب أن تحققه بوصفه كذلك (٤) . ومن حق الارادة الذاتية أن ما يجب أن. تعتبره صحيحاً يكون وفقاً لتقديرها خيراً (٥) . وهذا الخير لا يكون الا فى الفكر وبالفكر (٦) . كما يعد بالنسبة للارادة الذاتية واجباً مجرداً لا مضمون له (٧) . وازاء هذه الفكرة المجردة للخير والواجب فان تحديد ما هو خير وما هو واجب يرجع

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل - م.ف.ق. ، ف ١٢٧ ص ١٥٩ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل - م.ف.ق. ، ف ١٢٨ ص ١٦٠ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل - م.ف.ق. ، ف ١٢٩ ص ١٦١ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل - م.ف.ق. ، ف ١٣١ ص ١٦٢ .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل - م.ف.ق. ، ف ١٣٢ ص ١٦٢ .

(٦) أنظر فى ذلك ، هيجل - م.ف.ق. ، ملاحظات ف ١٣٢ ص ١٦٢ .

(٧) أنظر فى ذلك ، هيجل - م.ف.ق. ، ف ١٣٣ - ١٣٥ ص ١٦٥ - ١٦٦ . الديك -

المرجع السابق ص ١٤٩ - ١٥٠ .

إلى اليقين الاخلاقي ، الذى يكون ، ونحن على مستوى الأخلاق الذاتية ،
 يقيناً ذاتياً ، يقيناً لا محدوداً بالذات (١) . هذا اليقين الذى يعبر عن أن
 الشعور بالذات له أن يعرف بنفسه ولنفسه ما يكون حقاً وما يكون واجباً
 كما أن له ألا يعترف إلا بما يعرف أنه خير (٢) . إلا أن ذلك اليقين الذاتى
 يبطل أى تحديد ثابت للحق والواجب (٣) ، كما يتعرض لأن يقع
 فى الشر (٤) . فكل من الشر والأخلاق يجد جنوره فى اليقين الذاتى
 الذى يوجد لذاته ويقرر لذاته (٥) . ذلك ان الذاتية هى موطن الأهواء ،
 وعنها تصدر أكثر التحديدات تناقضاً (٦) . ولهذا فان ذلك اليقين الذاتى
 لا يعدو أن يكون يقيناً اخلاقياً شكلياً أو صورياً (٧) . أما اليقين الاخلاقى
 الحقيقى فهو الاستعداد الاخلاقى الموضوعى ، الذى تكون له مبادئ
 ثابتة هى التحديدات الموضوعية (٨) ، والذى لا يتحقق الا على مستوى
 الأخلاق الموضوعية الذى ننقل اليه ،

١٠٦ - المستوى الثالث : الأخلاق الموضوعية (٩) : تنبع الأخلاق

الموضوعية من روح الجماعة التى تعد جوهرأ أخلاقياً (١٠)، والى تتجسد

-
- (١) أنظر فى ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٣٧ ص ١٦٧ .
 - (٢) أنظر فى ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ملاحظات ف ١٣٧ ص ١٦٨ .
 - (٣) أنظر فى ذلك ، هيجل - مبادئ م. ف. ق. ، ف ١٣٨ ص ١٦٩ .
 - (٤) أنظر فى ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٣٩ ص ١٧٠ . الديلى - المرجع السابق ص ١٥٠ .
 - (٥) أنظر فى ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ملاحظات ف ١٣٩ ص ١٧٠ .
 - (٦) أنظر فى ذلك ، شاتليه - المرجع السابق ص ١٨١ .
 - (٧) أنظر فى ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ملاحظات ف ١٣٩ ص ١٦٩ .
 - (٨) أنظر فى ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٣٧ ص ١٦٧ ، ملاحظاتها ص ١٦٩ .
 - (٩) أنظر ، ماسينيول - البحث السابق ص ١٠٢ ، ١٠٦ - ١٢٤ . فريدمان - المرجع السابق ص ١٦٨ - ١٧٠ . شاتليه - المرجع السابق ص ١٨٣ - ١٩٥ .
 - (١٠) أنظر فى ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٥٦ ص ١٩٧ .

في القوانين والأنظمة القائمة في ذاتها ولذاتها (١). وللأخلاق الموضوعية طابع عقلي (٢) ومضمون ثابت يعلو على الرأي الذاتي والمشيئة الذاتية (٣). وبالنسبة للذات تكون لذلك الجوهر الأخلاقي ، لقوانينه وما يمثله ، ساطعة مطلقة لا محدودة (٤). إلا أن تلك القوانين والأنظمة لا تكون أجنبية عن الذات ، إذ أنها تتلقى منها الاعتراف بروحيتها باعتبارها جوهرها الخالص ، كما أنها تحي فيها كعنصر لا يتفصل عنها ، بحيث تقوم هوية بين كيان الأخلاق الموضوعية والحياة الواقعية للوعي بالذات (٥). وبذلك ترتبط الذات بجوهرها ، ولا تعود مجرد ما كانت عليه في مستوى الأخلاق الذاتية حيث انفصلت عن جوهرها ولم تستطع أن تكشف سوى خواء أو فراغ ذاتيتها (٦) :

١٠٧ - وتعد الأخلاق الموضوعية مركب الموضوع الذي يتألف فيه التقيضان : القانون المجرد والأخلاق الذاتية . فالقانون المجرد قانون في ذاته تنقصه خاصية الذات . والأخلاق الذاتية قانون ذاتي يفتقد واقع القانون في ذاته (٧). أما الأخلاق الموضوعية فهي الاستعداد الذاتي للتأثر بالقانون القائم في ذاته (٨) .

(١) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٤٤ ص ١٨٩ - ١٩٠ .

(٢) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٤٥ ص ١٩٠ .

(٣) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٤٤ ص ١٩٠ .

(٤) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٤٦ ص ١٩٠ .

(٥) أنظر في ذلك هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٤٧ ص ١٩١ .

(٦) أنظر في ذلك ، هيبوليت - تقديم مبادئ فلسفة القانون لهيجل ص ٢٢ .

(٧) أنظر في ذلك ، هيبوليت - تقديم مبادئ فلسفة القانون لهيجل ١٨ ص ٢٢ .

(٨) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٤١ ص ١٨٨ .

١٠٨ - وتحقق الأخلاق الموضوعية ، التوافق بين تصور الحرية والحقيقة التجريبية (١) . فهي تصور الحرية وقد صار عالماً واقعياً (٢) . ولما كانت الفكرة بالمعنى الهيجلي هي توافق التصور والحقيقة التجريبية (٣) ، فإن الأخلاق الموضوعية تنطوي على فكرة الحرية باعتبارها الخبر الحى الذى يجد معرفته ومشيتته فى الوعى به ، والذى يصل إلى واقعته بفعل هذا الوعى وما يزوده به وجود الأخلاق الموضوعية من دافع محرك (٤)

١٠٩ - والحرية التى تحققها الأخلاق الموضوعية ترتبط بالواجب الذى تفرضه هذه الأخلاق . فبالنسبة للفرد تعد قيم الأخلاق الموضوعية ملزمة لارادته (٥) . وإذا كانت هذه الواجبات تبدو كقيود على الذاتية وحرية الاختيار والغرائز الطبيعية ، فالواقع أنها تحرر الفرد من ناحيتين : فهى ، من ناحية ، تحرر الفرد من الخضوع للغرائز الطبيعية ومن الضغط الذى يجد نفسه فيه كذاتية فردية خاضعة للتأمل الأخلاقى لما يجب أن يكون وما هو ممكن . وهى ، من ناحية أخرى ، تحرر الفرد من الذاتية اللامحددة التى لا تصل إلى التعيين الموضوعى للفعل . وبهذا التحرر يصل الفرد إلى الحرية الجوهرية (٦) . ولهذا فإن حق الأفراد فى الحرية يتحقق

(١) أنظر فى ذلك ، هيبوليت - تقديم مبادئ فلسفة القانون لهيجل ص ٢٢ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٤٢ ص ١٨٩ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيبوليت - الموضع السابق .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٤٢ ص ١٨٩ .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٤٨ ص ١٩١ - ١٩٢ .

(٦) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٤٩ ص ١٩٢ - ١٩٣ .

بأنهم إلى واقع أخلاقي موضوعي ، يجد فيه تأكيد الحرية حقيقته ، كما يجد فيه الأفراد جوهرهم وكنيتهم (١) .

١١٠ - وفي إطار الأخلاق الموضوعية تتوافق الإرادة الكلية والإرادة الفردية . ويتطابق الحق والواجب (٢) : فالفردية هي الصيغة الخارجية التي يوجد فيها الواقع الأخلاقي الموضوعي (٣) . هذا الواقع الذي ليس في ذاته فحسب وإنما من خلق الأفراد الذين يخلقونه ويحققونه (٤) ، والذين يكون لهم من الواجبات بقدر ما لهم من حقوق ويكون لهم من الحقوق بقدر ما لهم من الواجبات ، بينما في إطار القانون المحرد يكون الحق لفرد ويقع الواجب المقابل على فرد آخر (٥) .

١١١ - وتوَلَّف الأخلاق الموضوعية مثلاً جديلاً أضلاعه الأسرة التي تعد عنصر الموضوع ، والمجتمع المدني الذي يعد عنصر نقيض الموضوع والدولة التي تعد مركب الموضوع أو تآلف النقيضين .

١١٢ - فلما الأسرة ، فهي الروح الأخلاقية الموضوعية المباشرة أو الطبيعية (٦) . ومن حيث أنها الجوهر المباشر لذلك الروح فإنها تستند إلى الشعور (٧) ، وتتحدد الأسرة بوجدتها ، التي تعد جوهرها في ذاته ،

(١) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٥٣ ص ١٩٦ .

(٢) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٥٥ ص ١٩٧ .

(٣) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٥٤ ص ١٩٦ .

(٤) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٥٥ ص ١٩٧ .

(٥) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٥٥ ص ١٩٧ .

(٦) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٥٧ ص ١٩٧ .

(٧) أنظر في ذلك ، هيجل - م. ف. ق. ، ف ١٥٨ ص ١٩٨ . فريدمان - المرجع السابق

السابق ص ١٦٨ . بريجو - المرجع السابق ص ١٥٤ .

والتي بداخلها يعد الفرد مجرد عضو من أعضائها وليس شخصاً لذاته (١) ،
وتتجلى هذه الوحدة في الزواج وفي ثروة الأسرة . فالزواج الذي يعد
أولى مراحل الأسرة قوامه تراضى أشخاص على تكوين شخص ينخلون
في وحدته عن شخصياتهم الطبيعية والفردية (٢) . وثروة الأسرة ملكيتها
جماعية لكل عضو في الأسرة حق فيها ، ولكن ليس له ملكية خاصة (٣) ،
إلا أن هذه الوحدة تنتهي إلى التحلل لتنبثق عنها وحدات أو أسر جديدة ،
إذ يبلغ الأبناء رشدهم تكون لهم شخصية قانونية وأهلية اكتساب أموال
خاصة وتكوين أسرة جديدة (٤) .

١١٣ - **وأما المجتمع المدني** ، الذي تفوق إليه الأسرة ، والذي يعد
نقيضها فهو جمع من الأعضاء المستقلين داخل كلية شكلية تجمع بينهم
بمجامع من الحاجات وبواسطة ، دستور قانوني كأداة لحماية الشخص
والملكية ، وتنظيم موارجه للحاجات الفردية والجماعية (٥) . وهؤدى ذلك
أن مفهوم المجتمع المدني عند هيجل أوسع من مفهومه السائد الذى يبقى
خارج المجتمع المدني كل ما يتعلق بسلطة الأمر فى المجتمع السياسى (٦) .

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٥٨ ص ١٩٨ . ماسبيول - البحث السابق ص ١٠٩ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٦٢ ص ٢٠٠ . فريدمان - المرجع السابق
ص ١٦٨ . ماسبيول - البحث السابق ص ١٠٨ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٧١ ص ٢٠٧ . ماسبيول - البحث
السابق ص ١٠٩ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٥٧ ص ١٩٧ ، ف ١٧٧ ص ٢١١ .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٥٧ ص ١٩٧ - ١٩٨ .

(٦) أنظر فى ذلك ، ماسبيول - البحث السابق ص ١١٢ . ديلفكيو - المرجع السابق
ص ١٣٤ حيث يرى أن هيجل يغضى خطأ على المجتمع المدني مجموعة من الخصائص القانونية .

ولهذا فإن ما يرى فيه هيجل مجرد مجتمع مدنى يقود إلى الدولة . ويتوسط بينها وبين الفرد ، يرى فيه سواء دولة لا مجرد مجتمع مدنى (١).

والانتقال إلى المجتمع المدنى من الأسرة يبدأ بالانقسام الطبيعى للأسرة إلى عدة أسر تتصرف كأشخاص مستقلة وتقوم بينها علاقة خارجية . فاللحظات المرتبطة فى وحدة الأسرة يجب أن تحرر وتحصل على واقعها المستقل . ودرجة التميز هذه تعطى تحديداً للخاصية أو الفردية التى تكون لها مع ذلك علاقة بالكل ، وإن كان هذا الكلى لا يوجد إلا على نحو شكلى ولا يظهر إلا فى الفردى (٢) . وإما أن يتحقق الانتقال إلى المجتمع المدنى يتطور الأسرة إلى شعب أو أمة ، وإما أن يتحقق بتجمع جماعات من الأسر المتفرقة سواء بسلطة شخص أو بالرضاء الحر (٣) .

ويقوم المجتمع المدنى على مبدأين . المبدأ الأول ، أن الشخص العيى هو تجاه نفسه غاية خاصة كمجموع من الحاجات وكزيج من الضرورة الطبيعية والإرادة الاختيارية . والمبدأ الثانى ، أن الشخص المفرد بحسب جوهره تكون له علاقة بالفردية الماثلة لغيره ، بحيث أن كلا منهم يتأكد بالآخر ، وفى نفس الوقت يكون ملزماً بأن يمر بصورة الكلى (٤) .

ويتفرع عن ذلك : أولاً ، أنه يسود فى المجتمع المدنى نظام اعتماد

(١) أنظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ، ص ١٦٨ . هيوليت مقدمة لفلسفة التاريخ عند هيجل ، باريس ١٩٤٨ ص ٨٩ . ويلاحظ أن هيجل يصف المجتمع المدنى فى بعض المواضع بأنه دولة خارجية *Etat extérieur* ، أنظر ، م ف ق ، ف ١٥٧ ص ١٩٨ ، ف ١٨٣ ص ٢١٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٨١ ص ٢١٦ - ٢١٧ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ملاحظات ف ١٨١ ص ٢١٧ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٨٢ ص ٢١٧ - ٢١٨ .

متبادل يجعل معاش الفرد ورفاهيته ووجوده القانوني مقترنين بمعاش ورفاهية ووجود الكل (١) . ثانياً ، أنه من حق الفردية أن تنمو وتمتد في كافة الجهات ، ومن حق الكلية أن تستبين باعتبارها الأساس والشكل الضروري للفردية (٢) . ثالثاً ، الفرد أن كعضو في المجتمع المدني هو شخص خاص هدفه مصلحته الخاصة (٣) . رابعاً أن الفرد لا يمكن أن يصل إلى هدفه الا إذا حدد معرفته وارادته وفعله طبقاً للصورة الكلية وتحول إلى حلقة من الحلقات التي تكون ذلك المجموع (٤) . خامساً : أن كل عمل خاص هو عمل عام ، إذ يبحث كل فرد عن مصلحته الخاصة يسهم في الخيز العام (٥) .

ويتضمن المجتمع المدني ثلاثة أنظمة : الأول نظام الحاجات ، والثاني نظام العدالة ، والثالث نظام الادارة والتقابات .

وفيما يتعلق بنظام الحاجات ، فان عوره اشباع حاجة الفرد بعمله وعمل سواه المشيع لحاجات الكل (٦) . وهو يظهر ما تفرضه الطبيعة من عدم مساواة بين الأفراد ، بل ويرفعها الى عدم مساواة في القدرات والرزوة والثقافة الذهنية والخلقية (٧) . وتبعاً لتفرع ذلك النظام إلى أنظمة

(١) أنظر في ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٨٣ ص ٢١٨ .

(٢) أنظر في ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٨٤ ص ٢١٨ .

(٣) أنظر في ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٨٧ ص ٢٢١ .

(٤) أنظر في ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٨٧ ص ٢٢١ .

(٥) أنظر في ذلك ، شاتليه - المرجع السابق ص ١٨٤ - ١٨٥ .

(٦) أنظر في ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٨٨ ص ٢٢٣ .

(٧) أنظر في ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢٥٠ وملاحظاتها ص ٢٢٩ - ٣٠٠ . ماسيجول

- البحث السابق ص ١١٣ .

نوعية ، يتوزع الأفراد على طبقات ثلاث : الطبقة الزراعية ، والطبقة الصناعية ، والطبقة العامة (١) .

وفيما يتعلق بنظام العدالة ، فانه يحقق العنصر الكلى للحرية ويحمي الملكية (٢) . ويقوم هذا النظام على أساس أن الفرد شخص كلى ، وأن الانسان له قيمته لأنه انسان (٣) . وقانون هذا النظام هو القانون الوضعي بوجه عام (٤) . الذى تطبقه سلطة عامة هي المحاكم (٥) .

رغم ما يتعلق بنظام الادارة والتقابات ، فانه يحقق ضمان المصالح الخاصة باعتبارها مصالح مشتركة (٦) ، كما يؤمن السكنية ويكفل الرفاهية (٧) . ومجال التقابات هو الطبقة الصناعية (٨) ، ومهمتها تدبير مصالحها الداخلية تحت اشراف السلطة العامة (٩) . وهى تعد ، بجانب الأسرة ، الجذر الأخلاقى الثانى للدولة ، (١٠) التى يؤدى اليها المجتمع المدنى (١١) .

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق . ف ٢٠١ ص ٢٣٠ ، ف ٢٠٢ - ٢٠٥ ص ٢٣١ - ٢٣٣ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٨٨ ص ٢٢٣ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ملاحظات ف ٢٠٩ ص ٢٣٦ . ماسبيول - البحث السابق ص ١٤٤ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢١١ ص ٢٣٧ .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢١٩ ص ٢٤٦ .

(٦) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ١٨٨ ص ٢٢٣ .

(٧) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢٣٠ ص ٢٥٤ ، ماسبيول - البحث السابق ص ١١٥ - ١١٦ .

(٨) أنظر فى ذلك ، هيجل م ف ق ، ف ٢٥٠ ص ٢٦٥ .

(٩) أنظر فى ذلك ، هيجل . هيجل - م ف ق ، ف ٢٥٢ ص ٢٦٥ - ٢٦٦ .

(١٠) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢٥٥ ص ٢٦٨ .

(١١) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢٥٦ ص ٢٦٨ - ٢٦٩ .

١١٤ - وأما الدولة ، التى يقود إليها جديلاً المجتمع المدني ، والتى تعد مركب موضوع يؤلف بينه وبين تقيضه الأسرة ، فالواقع أنها الأصل الذى بداخله تتطور الأسرة إلى مجتمع مدنى ليست الدولة نتيجته وإنما أساسه (١) ، فركب الموضوع وحده موجودة سلفاً قبل عنصرها (٢) ، وإن كنا نضل إليها جديلاً عن طريق هذين العنصرين : ولما كانت الدولة هى ذلك الشمول العضوى الذى تتبعنا الجدل الهيكلى لنصل إليه ، لهذا لزم أن نقف من الدولة وقفة متمعة .

والدولة ، كما يقول هيجل ، هى الحقيقة الواقعة للأخلاق الموضوعية ، أو للارادة الجوهرية التى تعرف نفسها وتفكر فى نفسها وتحقق ما تعرفه لأنها تعرفه (٣) . ولهذا فإن الدولة هى المعقول فى ذاته ولذاته (٤) ، ومن ثمة فإن الفرد يجد فى ارادتها التعبير عن ارادته المعقولة (٥) . ومن حيث المضمون فإن المعقولة تتمثل فى وحدة الارادة الموضوعية أى الارادة العامة الجوهرية والارادة الذاتية باعتبارها وعياً فردياً واردة نتجه إلى غايات خاصة . ومن حيث الشكل ، فإن تلك المعقولة تتمثل فى سلوك يتحدد طبقاً لقوانين ومبادئ فكرية ومن ثمة كلية (٦) .

وإذا كان الفرد يتوسط فى وجود الدولة بوعيه ومعرفته ونشاطه ،

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ملاحظات ١٥٦ ص ٢٦٩ .

(٢) أنظر فى ذلك ، الدينى المرجع السابق ص ٤٦ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢٥٧ ص ٢٧٠ .

(٤) أنظر فى ذلك هيجل - م ف ق ، ف ٢٥٨ ص ٢٧٠ .

(٥) أنظر فى ذلك ، بريمو - المرجع السابق ص ١٥٥ .

(٦) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف - ملاحظات ٢٥٨ ص ٢٧١ .

فانه بالمقابلة يجد حريته الجوهرية فى الانتهاء إلى الدولة باعتبارها جوهره وهدف وثمره نشاطه (١) . فبقدر ما يعرف الفرد الكلى ويستهدفه ويريد ، فانه يجد حريته فى الدولة التى لا تكون مجرد صورة لحياة مشتركة يجب أن تتقيد فيها حرية الكل ، وانما تعد التحقيق الوحيد للحرية (٢) . هذه هذه الحرية التى تتمثل فى التوافق مع الطبيعة العميقة للأشياء ، والتى تعد مركب موضوع من الحرية بمعناها العادى والضرورة (٣) .

وتعد الدولة غاية خالصة مطلقة وثابتة لها حق مطلق على الأفراد الذين واجبههم الأسمى أن يكونوا أعضاء فيها (٤) . فليس الاستقرار وخاية الملكية الشخصية وتحقيق مصالح الأفراد هو الهدف الأسمى من انتمائهم إلى الدولة . وفى هذا تختلف الدولة عن المجتمع المدنى (٥) .

والحرية التى تعد الدولة حقيقتها الواقعة هى حرية عينية لها جانبان : الأول هو أن فردية الشخص ومصلحه الخاصة تلقى كامل نموها ويعترف بما لها من حقوق لذاتها داخل نظام الأسرة والمجتمع المدنى . والثانى ، هو أن مصالح الأفراد الخاصة تندمج فى نفس الوقت فى المصلحة العامة التى يعرفون عن وعى وارادة بأنها جوهر زوهم ويعملون من أجلها باعتبارها الغاية النهائية . وينبنى على ذلك أنه ، لا الكلى يمكن أن تكون

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢٥٧ ص ٢٧٠ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ماسبيول - البحث السابق ص ١١٧ حيث أشار إلى مؤلف هيجل عن العقل فى التاريخ ص ١٣٥ .

(٣) أنظر فى ذلك ماسبيول - البحث السابق ص ١٥١ . الدينى - المرجع السابق ص ٧٥ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢٥٨ ص ٢٧٠ .

(٥) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ملاحظات ف ٢٥٨ ص ٢٧١ .

له قيمة أو يتحقق بدون المصلحة الخاصة والوعي والارادة ، ولا الأفراد
يمكن أن يعيشوا كأشخاص خاصة تنبج فقط إلى مصالحها دون أن تريد
ما هو كلى . ومبدأ الدولة الحديثة له من القوة والعمق ما يتيح للداتبة
أن تتحقق مع الحفاظ على الوحدة الجهورية (١) . فهذه الدولة هى مجال
التوافق بين الكلى والخاص ، إذ يتم عبرها اكتمال الفرد الذى تتوافق مصلحته
الخاصة مع المصلحة العامة فى اطار التنظيم العقى للحرية (٢) .

.. وإذا كانت الدولة تعد فى مواجهة المصالح الخاصة والأسرة والمجتمع
المدنى سلطة أعلى تخضع لها قوانينها ، فالواقع أن الدولة تستمد قوتها من
وحدة الغاية النهائية الكلية والمصالح الخاصة للأفراد. هذه الوحدة التى تتجلى
فى أنه يقع على الأفراد من الواجبات بقدر ما يكون لهم من الحقوق (٣) ،
فالفرد يجب أن يجد فى قيامه بواجباته مصلحته الخاصة وارضاء ذاته ،
كما يحق له بتمتضى مركزه فى الدولة أن يكون الشئ العام شئنا الخاص ،
فالحنقة ، أن المصلحة الخاصة لا يجب أن تهمل أو ترد وانما تتوافق مع
المصلحة العامة ، وأن الفرد الذى يكون ذاتاً بما يقع عليه من واجبات يجد
فى قيامه بها كمواطن حماية شخصه وملكه ورعاية مصلحته الخاصة وارضاء
جوهره ، كما يجد أيضاً عزته كعضو فى الكل (٤) .

وترتكز الدولة على شعورين . الأول ، شعور سياسى ، هو الوطنية ،
هو الثقة بأن مصلحة الفرد الخاصة والجهورية مصانة محفوظة ضمن مصلحة

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢٦ ص ٢٧٧ - ٢٧٨ . برمو -
المرجع السابق ص ١٥٥ .

(٢) أنظر فى ذلك ، برمو - المرجع السابق ١٥٥ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢٦١ ص ٢٨٧ .

(٤) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ملاحظات ف ٢٦٩ ص ٢٨٠ - ٢٨١ .

الدولة وأهدافها (١) . فلا يقصد بالوطنية هنا الاستعداد للتضحية والقيام بما هو غير عادى ، وإنما الاستعداد إلى اعتبار الحياة الجماعية داخل الدولة كأساس جوهري وكهدف (٢) . والثانى ، شعور مدنى يتلقى مضمونه من الأوجه المختلفة للتنظيم العضوى للدولة الذى يحدده دستورها السياسى (٣) .

١١٥ - والدولة التى يصدق عليها ذلك هى الدولة العقلانية الدستورية الملكية ذات الجهاز الادارى المخصص. والتى ينظم فيها الشعب داخل قطاعات بحسب نشاطه المهني ووضعه الجغرافى (٤).

فهى ، من ناحية ، دولة عقلانية تجسد الارادة العاقلة لا ارادة العامة التى يجب أن يجرى تعميلها داخل النقابات والطوائف، بحيث يكون التمثيل التشرعى لهذه النقابات والطوائف لا للعامة . وبذلك يحسب بعد هيجل النظام الديمقراطى والانتخاب العام (٥) .

وهى ، من ناحية ثانية ، دولة دستورية تتجلى قدرتها فى دستورها الذى يتضمن الحدود التى تمكن الارادة العقلية من أن تتجلى فتدرك ذاتها وعياً وفهماً ، كما تمكنها من أن تتوطد فى الواقع وتحافظ على نفسها فيه

(١) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢٦٨ ص ٢٨٢ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ملاحظات ف ٢٦٨ ص ٢٨٣ .

(٣) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢٦٩ ص ٢٨٣ - ٢٨٤ .

(٤) أنظر فى ذلك ، شاتليه ص ١٨٩ - ١٩٢ حيث أشار إلى مؤلف فائيل عن هيجل والدولة ص ٥٦ .

(٥) أنظر فى ذلك ، برعمو - المرجع السابق ص ١٥٥ - ١٥٦ . فريدمان - المرجع السابق ص ١٦٩ .

بأن تجبى ذاتها من الذاتية الجائرة سواء أكانت ذاتية الحكومة أو ذاتية الأفراد (١) .

وهى ، من ناحية ثالثة ، دولة ملكية تتجسد سيادتها فى فرد هو الملك . ذلك أن شخصية الدولة وذاتيتها وفرديتها لا تكون واقعية إلا إذا تجسدت فى شخص ، فى ذات ، فى فرد ، هو الملك (٢) . ويجب عدم الخلط بين هذه الملكية وبين الحكم الاستبدادى الشرقى والنظام السائد فى العصر الإقطاعى . ويمكن الفرق بين تلك الأشكال وبين الملكية الحقيقية فى مبادئ الحقوق ، التى تجسد فى قدرة الدولة حقيقتها وضمانها ، التى تمت فى المجالات السابقة أى فى نطاق الحرية والملكية والمجتمع المدنى والبلديات والنشاطات المنسقة كما تنظمها القوانين والسلطات المختصة (٣) .

وهى ، من ناحية رابعة ، دولة ذات جهاز ادارى متخصص هو جهاز الحكومة التى يختار لها الحكام على أساس الكفاءة ، لأن الكلى اختصاص يمارسه من أعدته كفاءته له (٤) . ويتولى ذلك الجهاز اصدار القرارات بالاتفاق مع الملك ، الذى ليس أساس القرارات الهامة فى الدولة بل هو مآل لها (٥) . وإذا كانت هذه الدولة مركزية فى ادارتها مركزية شديدة ،

(١) أنظر فى ذلك ، شاتليه - المرجع السابق ص ١٨٨ - ١٨٩ حيث أشار إلى وجيز موسوعة العلوم الفلسفية لميجل ف ٢٨٢ .

(٢) أنظر فى ذلك ، هيجل - م ف ق ، ف ٢٧٩ وملاحظاتها ص ٣١٠ . شاتليه - المرجع السابق ص ١٩٠

(٣) أنظر فى ذلك ، شاتليه - المرجع السابق ص ١٩٠ حيث أشار إلى وجيز موسوعة العلوم الفلسفية لميجل ف ٢٨٧ .

(٤) أنظر فى ذلك ، شاتليه - المرجع السابق ص ١٩١ .

(٥) أنظر فى ذلك ، فلايشمان - فلسفة هيجل السياسية ، باريس ١٩٦٤ ، ص ٣٠٦ .

فإنها لا مركزية على نطاق واسع فيما يتعلق بالمصالح الاقتصادية (١) .
فالمصالح الخاصة للجماعات تدار داخل المنظمات الحرفية والبلديات والتقابات
والطبقات الأخرى بواسطة سلطاتها (٢) .

وهي ، من ناحية خامسة ، دولة ينظم فيها الشعب في قطاعات بحسب
نشاطه المهني أو وضعه الجغرافي . ويعين الشعب المنظم داخل هذه القطاعات
ممثلين مكلفين في نفس الوقت بأن يسوسوا المصالح الخاصة وبأن يضمّنوا
حقوقهم حيال الإداريين . ووجود البلديات والمنظمات الحرفية المعترف بها
يشكل حائلا دون التحكم الإداري المتحمل (٣) .

١١٦ — والدولة ، بالتحديد الهيكل المتقدم ، تتنازعها تأويلات متعددة ،
شأنها في ذلك شأن فلسفة هيجل بوجه عام التي تتنازعها الروحانية والمادية ،
المثالية والواقعية ، العقلانية واللاعقلانية ، التحررية والاستبدادية ،
التقدمية والرجعية (٤) .

فن ناحية ، يرى البعض أن دولة هيجل ليست استبدادية . فالمصلحة
العامة التي تعد هذه الدولة مجالها لا تتحقق بدون رعاية المصاحبة الخاصة .
ومن الخطأ تشبيه دولة هيجل بدولة افلاطون ، إذ أن هيجل لا يضحى
بارادة الفرد من أجل إرادة الدولة ، وإنما يجعل لإرادة الفرد قيمة مطلقة
بشرط ألا تكون مجرد اندفاع هوائي بل إرادة حقيقية أى عقلانية ،

(١) أنظر في ذلك . شاتليه - المرجع السابق ص ١٨٩ .

(٢) أنظر في ذلك ، هيجل - م.ف.ق. ، ف ٢٨٨ ص ٣٢١ - ٣٢٢ .

(٣) أنظر في ذلك ، شاتليه - المرجع السابق ص ١٩٢ .

(٤) أنظر في ذلك ، الديني - المرجع السابق ص ١١٣ ، ١١٦ .

إذ عندئذ تكون متوافقة مع ارادة الدولة (١) . وعلى العكس من ذلك يرى البعض أن دولة هيجل تتميز بخضوع الأفراد المطلق ، وأنها تتحدد بالاستقلال الكامل عن القانون الذى يكون شكلياً مجرداً عن أى مضمون حقيقى ، ومن ثمة لا يعدو أن يكون فائدة الدولة . ومادامت الدولة تختلط بالطبيعة والأخلاق فإنها تتأله بحيث تجب عبادتها كتجسيد للالهية على الأرض (٢) .

ومن ناحية أخرى ، يرى البعض أن دولة هيجل تبدى لا فى شكل دولة بورجوازية فحسب ولكن كدولة ملكية بروسية ، بحيث تكون نظريته فى الدولة دفعاً وتمجيذاً للدولة البروسية بسيطرتها ونظامها الملكى الاستبدادى (٣) . وعلى العكس من ذلك يرى البعض أن هيجل كان ليبرالياً ، وأنه من الخطأ فهم الواقعية الهيجلية على أنها دفاع عن الأمر الواقع أى عن الملكية البروسية المسيطرة فى ألمانيا وعن الحلف المقدس (٤) . فالدولة كما يراها هيجل ليست الدولة التاريخية كما تحققت فى عصر معين وبلد معين ، وإنما هى فكرة الدولة والمبدأ الفلسفى الذى يحركها ، وإن كان بعض ما ذكره أقرب إلى ما يمكن ملاحظته فى الحياة السياسية

(١) أنظر فى ذلك ، باش - المذاهب السياسية لفلاسفة ألمانيا التقليديين ، ١٩٢٧ ص ٢٩٩

(٢) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش - فكره القانون الاجتماعى ص ٤٣٠ وما بعدها

(٣) أنظر فى ذلك ، ديلفكيو - المرجع السابق ص ١٣٥ . جيرفيتش - الجدلية وعلم الاجتماع ص ٩٤ . الدينى - المرجع السابق ص ٥٢ ، ١١٦ .

(٤) أنظر فى ذلك شاتليه - المرجع السابق ص ١٨٦ . فيلى - دروس فى تاريخ فلسفة القانون . باريس ١٩٥٧ ص ٤٠٢ . ليفى بريل - نظرية الدولة عند هيجل ، أعمال أكاديمية العلوم الأخلاقية والسياسية ج ٣٣ ص ١٦ وما بعدها . أشار اليه ماسيتول فى بحثه السابق الإشارة اليه ١٢١ .

الواقعة (١) . كذلك فإن دفاع هيجل عن الدولة الحديثة المرتكزة على المركزية الحكومية والادارية ، وعلى اختصاص الاداريين ، وعلى ضمان حرية المواطنين الخاصة ، يعارض الدول القائمة حينذاك ، التي إذا كانت فيها بعض أوجه الدولة الحقيقية ، فإن هذه الأوجه لم تعرف على هذا النحو لا من الحاكين ولا من المحكومين ، ومهمة النظرية السياسية هي الكشف عن هذه الأوجه كما هي وكما يجب أن تعرف (٢) .

تطبيقات المذهب الهيجل :

١١٧ — إلى جانب ما تنطوى عليه الهيجلية الحديثة "Neo Hegelisme" من تطبيقات فكرية للمذهب الهيجلي (٣) ، وجد هذا المذهب تطبيقاً فعلياً في الفاشية Fascisme ، كما وجد تطبيقاً جزئياً في النازية التي تصف نفسها بالقومية الاشتراكية « National-Socialiste » . فهي الهيجلية التي أوحى بالفاشية ، كما أوحى جزئياً بالنازية (٤) .

١١٨ — **فاما الفاشية (٥)** ، ففحواها أن الفرد لا يعد علة وجود

(١) أنظر في ذلك ، ماسيتول — البحث السابق ص ١١٨ .

(٢) أنظر في ذلك ، شاتليه — المرجع السابق ص ١٨٧ .

(٣) أنظر في ذلك ، فريدمان — المرجع السابق ص ١٧٤ — ١٧٥ .

(٤) أنظر في ذلك ، بريمو — المرجع السابق ١٥٨ ، ١٦٥ ، ١٦٧ فريدمان — المرجع السابق ١٧٠

(٥) أنظر في الفاشية

Breillat - Milhaud — Les Libertés publiques dans l'Italie fasciste, Sirey 1939.
Prelot — L'empire fasciste, 1936 — La théorie de l'Etat dans le droit fasciste,
Mélanges Carré de Malberg, Sirey 1933, Reale — L'Italie, Paris 1934. Waline —
L'individualisme et le droit 2e éd. p. 57-63. Brimo — op. cit. p. 167.

مصطفى أبوزيد — في الحرية والاشتراكية والوحدة، الإسكندرية ١٩٦٦ ف ١١٧ — ١١٩ .
هارولد لاسكي — تأملات في ثورات العصر ، ترجمة عبد الكريم أحمد ص ١١٦ وبمدها .

المجتمع وانما أداة لتحقيق عظمة ومجد المجتمع القوي (١) ، الذى لا يخلق الدولة بل تخلقه الدولة (٢) ، والذى تتجاوز عظمته ومصيره ومصالحه عظمة ومصير ومصالح أفرادها فى وقت من الأوقات (٣). فاللدولة ، التى تمثل الاستمرار المعنوى للأمة فى التاريخ ، التى يبنونها لا توجد أمة حقيقية (٤) ، باقية بينا الفرد فان . ولهذا ، فان الجماعة تعلو على الفرد ، الذى لا يوجد الا للجماعة ، والذى كونه الجماعة لنفسها (٥) . ولهذا ، أيضاً ، فان هدف القانون لا يكون الفرد وانما الدولة (٦) ، وان كانت مصلحة الفرد لا يمكن أن تنفصل عن مصلحة الدولة (٧) .

١١٩ - وتقوم الفاشية على شعور غريزى بالدولة ، أى بالوحدة المعنوية والاجتماعية للشعب التى تعبر عنها وتجسدها الدولة (٨) . فاللدولة هى روح الشعب والشعب هو جسد الدولة ، ومن ثمة فان الشعب هو الدولة والدولة هى الشعب (٩) . ولا يقف الاحساس بالدولة عند أنها حقيقة واقعة قائمة بذاتها تنمو خلال أحقاب التاريخ كشكل حتمى للوجود (١٠) ، وانما يمتد إلى الاحساس بأنها أقرب إلى الفرد من نفسه (١١) .

-
- (١) أنظر فى ذلك ، فالين المرجع السابق ص ٦٢ .
 - (٢) أنظر فى ذلك بريات . - ميلو - المرجع السابق ص ٢٣ .
 - (٣) أنظر فى ذلك ، فالين - المرجع السابق ص ٦٢ .
 - (٤) أنظر فى ذلك ، ريك - المرجع السابق ص ٦١ .
 - (٥) أنظر فى ذلك ، أبوزيد - المرجع السابق ص ١١٩ ص ١٥٢ .
 - (٦) أنظر فى ذلك ، فالين - المرجع السابق ص ٦٣ . أبوزيد - المرجع السابق ص ١٥٩ .
 - (٧) أنظر فى ذلك ، فالين - المرجع السابق ص ٦٣ .
 - (٨) أنظر فى ذلك ، بريات - ميلو - المرجع السابق ص ٢٢ .
 - (٩) أنظر فى ذلك ، بريمو - المرجع السابق ص ١٦٧ .
 - (١٠) أنظر فى ذلك ، أبوزيد - المرجع السابق ص ١٢٢ ص ١٥٥ .
 - (١١) أنظر فى ذلك ، بريمو - المرجع السابق ص ١٦٧ .

١٢٠ - وتصل الفاشية بالدولة إلى حد أن تجعل السيادة لها لا للأمة (١)، وأن ترد إليها كل شيء . « فكل شيء في الدولة ولا شيء خارجها ولا شيء » ضدها (٢) . ولهذا يكون للدولة أن تتدخل في كل شيء ، كما لا يكون هناك ما يقف في مواجهتها أو يقيد حريتها (٣) . وما من عقل سوى عقل الدولة الذي يكون حاكمه « الدوتشي » ، إذ يتجسد فيه الروح القوي (٤) .

١٢١ - وتصور الفاشية الدولة على أنها تحقق الحرية الوحيدة التي يمكن أن تكون جديدة ، إذ ما دام الفرد يعيش في الدولة ، وما دامت الدولة تحميه ، فإنه يكون حراً (٥) . فحرية الفرد تكون بأن يحقق نفسه كاملاً ، وهذا ما لا يكون إلا باندماجه في الكيان الاجتماعي والنظام السياسي للدولة ، التي لا يفنى فيها الفرد وإنما يتضاعف (٦) ، والتي لا تعتدو أن تكون الوعي الكلي والارادة الكلية للفرد في وجوده التاريخي (٧) . إلا أن حرية الفرد ليست حقاً أعلى من الدولة وإنما منحة منها تستهدف بها مصلحتها لأنها تحقق النمو الفردي الذي يعد شرطاً أساسياً للنمو الاجتماعي (٨) .

(١) في ذلك ، أبوزيد - المرجع السابق ص ١٥٣ .

(٢) أنظر ، فالين - المرجع السابق ص ٥٨ . بريمو - المرجع السابق ص ١٦٧ .

(٣) أنظر في ذلك ، أبوزيد - المرجع السابق ف ١٢٩ ص ١٦١ .

(٤) أنظر في ذلك ، بريمو - المرجع السابق ص ١٦٧ .

(٥) أنظر في ذلك ، بريات - ميلو - المرجع السابق ص ٣٤ . أبوزيد - المرجع السابق ص ١٦٠ .

(٦) أنظر في ذلك ، فالين - المرجع السابق ص ٦٠ .

(٧) أنظر في ذلك ، فالين - المرجع السابق ص ٥٩ .

(٨) أنظر في ذلك ، أبوزيد - المرجع السابق ص ٦٠ - ٦١ .

١٢٢ - وتطبيق الفاشية قد أثبت أنها لا تحقق عظمة المجتمع القومي ومجده بقدر ما تحقق ، من ناحية استبداد السلطة ودكتاتورية الحكم (١) ، ومن ناحية أخرى التضحية بالأفراد وكبت حريتهم . كذلك أثبت تطبيق الفاشية أن عظمة المجتمع الوطني لا تقاس بقوة السلطة ، وإنما تقاس بوضع الفرد في الدولة .

١٢٣ - **والا النازية** (٢) ، فتصينغ فكرة الدولة الهيكلية بصيغة شعبية عنصرية (٣) ترتبط بدعوى تفوق الجنس الآري النوردي (٤) . ففكرة الجماعة البشرية العنصرية تقوم في النازية مقام فكرة الدولة الهيكلية (٥) . والعنصرية التي تقوم على أساسها تلك الفكرة ، ليست فحسب مجموعة

(١) أنظر في ذلك ، بريمو - المرجع السابق ص ١٥٨ ، ١٦٧ .

(٢) أنظر في النازية :

Bonnard — Le droit et l'Etat dans le National - Socialisme, Pichon 1936. Chevallier — Histoire des grandes œuvres politiques des Machiavel à nos jours, Colin 1954. Walter — Le National - Socialisme par les textes, Plon 1963. Martin — Le National - Socialisme éd. Latines 1959. Cot — La conception hiderienne du droit, th. Toulouse 1938. Waline — L'individualisme et le droit 2e éd. p. 64 - 86. Sarwat Anis Al-Assiuty — Genèse et évolution des doctrines philosophiques — Revue Al-Qanoun wal Iqtisad, XXXIII p. 469-493. Brimo — op. cit p. 163-166. مصطفى أبوزيد فهمي - في الحرية والإشتراكية والوحدة ، الإسكندرية ١٩٦٦ ص

١٦٣-١٧٦ .

(٣) أنظر في ذلك ، بريمو - المرجع السابق ص ١٦٣ .

(٤) أنظر في ذلك ، أبوزيد - المرجع السابق ف ١٣٤ ص ١٦٥ . ثروت انيس - البحث السابق ٤٧٣ ومايسما

(٥) أنظر في ذلك ، دى باسكيه - المرجع السابق ف ٢٩٨ ص ٢٧٦ . أبوزيد - المرجع السابق ص ١٦٥ - ١٧٣ . ثروت انيس - المرجع السابق ف ٤٧٨ ص ٤٧٥ .

من الخصائص الطبيعية الوراثية ، وانما تتكون أيضاً من عناصر نفسية (١) ، ولهذا فان الجماعة البشرية العنصرية تتكون من عنصرين : عنصر الشعب الذى ينتمى إلى سلالة واحدة أو سلالات متوافقة بحيث تتكون منه أمة واحدة ، وعنصر المجتمع الذى ينظم داخله ذلك الشعب والذى يسود الانسجام بين أفراده إذ يحمل كل منهم نفس الاحساس به وبمصلحته (٢) .

١٢٤ - والفرد ، فى النازية ، لا ينظر إليه الا كعضو فى مجتمع عنصرى . فالفرد المنزول أسطورة ، إذ أنه لا يظهر فى الطبيعة الا فى وضع اجتماعى . وإذا كان الأفسراد الذين ينتمون إلى سلالة عنصرية شرط لقيام المجتمع ، فانهم يعدون أداة هذا المجتمع لتحقيق المصلحة العنصرية التى تفوق وتسود على المصلحة الفردية . ولهذا يسود المجتمع العنصرى على أفراده وتكون مصلحته العنصرية هى غاية القانون والأساس الذى يجب أن يقوم عليه النظام القانونى (٣) .

١٢٥ - وترتب النازية على ذلك أن الانسان لا تكون له شخصية فردية وانما شخصية اجتماعية ، وأنه لا تكون له حقوق شخصية وانما وظائف اجتماعية ، اذ لا قيمة للفرد الا كعضو فى المجتمع . وإذا منح القانون للانسان حرية معينة ، فان ذلك انما يكون لمصلحة المجتمع العنصرى حتى يمكن أن يضع الفرد قواه الخلاقة فى خدمة هذا المجتمع ، ولهذا لا يقوم النظام القانونى على أساس المساواة بين الأفراد ، وانما على أساس ضمان

(١) أنظر فى ذلك ، بريمو - المرجع السابق ص ١٦٢ - ١٦٤ .

(٢) أنظر فى ذلك ، أبوزيد - المرجع السابق ف ١٣٣ - ١٣٥ ص ١٦٥ - ١٦٦ .

(٣) أنظر فى ذلك ، فالين - المرجع السابق ف ٢٨ ص ٦٨ - ٧٢ . بريمو - المرجع السابق ص ١٦٧ . دلاجرسلى ولايورد لأكوست - مقدمة عامة للدراسة القانون ف ٤٩ ص ٤١ - ٤٣ .

أفضل استخدام للأفراد بحيث يوضع كل فرد في المركز القانوني الذي يتناسب مع قدراته (١) .

١٢٦ - والسبلة ، في النازية ، تركز في «الفوهرة» الذي تتجسد فيه روح الشعب . وهو لا يزال سلطة فوضها له الشعب وانما يمارس سلطة أصاية تثبت له شخصياً بحكم ما توافر فيه من صفات ذاتية تجعله أقدر الناس على الاحساس بمتطلبات المجتمع الحيوية وقواعد السلوك الحقيقية لها . وسلطته هذه مطلقة لا يحدها قيد من دستور أو قانون ، إذ هو الفكرة الحية للقانون والمعبر المعصوم عنها (٢) .

١٢٧ - ويؤخذ على النازية كل ما يؤخذ على خرافة التفوق العنصري إلى قامت على أساسها (٣) . كذلك يؤخذ على النازية كل ما يؤخذ على الدكتاتورية والاستبداد اللذين وصلت بهما إلى أقصى ما يمكن أن يصلا إليه . وعلى أساس تلك العنصرية وبكل ثقل ذلك الاستبداد أهدرت النازية قيمة الانسان وجعلته أداة مسخرة لتحقيق مصلحة مزعومة هي الحفاظ على التفوق العنصري للجنس النوردي .

نقد الذهب الهيكل :

١٢٨ - تعرض ما بدأ منه هيكل وما سار فيه وما انتهى إليه في تجديده لعلاقة الفرد بالدولة وموقف القانون منهما للنقد من عدة أوجه ،

(١) أنظر في ذلك ، فالين - المرجع السابق ف ٢٨ ص ٦٧ - ٧٢ . ثروت اليس - البحث السابق ف ٨٣ ص ٤٧٩ ، ف ٩٢ - ٩٣ ص ٤٨٤ - ٤٨٥ .

(٢) أنظر في ذلك ، بريو - المرجع السابق ص ١٦٧ . أبوزيد - المرجع السابق ف ١٣٩ - ١٤٢ ص ١٦٧ - ١٧١ .

(٣) أنظر في نقد العنصرية ، مصطفى أبوزيد - النظرية العامة للقومية العربية ط ٣ . بيروت ١٩٦٨ ص ١٨ وما بعدها .

منها ما يرجع إلى جدليته التي بنى عليها تحديدته لتلك العلاقة وذلك الموقف ،
ومنها ما يرجع إلى ما وصل إليه أو يؤدي إليه هذا التحديد .

١٢٩ - (فأولاً) ، أخذ على هيجل أن استخدامه للجدلية في مجال
الاجتماع والقانون لا يخلو من مغالطة وتجاوز ، كما يطوى على خطا بين
التناقض والمغايرة . فإذا كان الوجود يمكن أن يكون النقيض المطلق
للعدم ، فإن العقد ليس النقيض المطلق للملكية ، كما أن عدم المشروعية
ليس تألف العقد والملكية كتنقيضين (١) .

١٣٠ - (وثانياً) ، أخذ على هيجل أن منهجه الجدلي يؤدي في المجال
الاجتماعي إلى حجب حقيقة أن أعمال الدولة لا تعدو أن تكون حالات
للوجود والنشاط الاجتماعيين للأفراد . وبهذا يأخذ المنهج الجدلي الهيجلي
مكانه بعيداً كأبعد ما يكون عن التحايل المنبثق عن علم الاجتماع والتاريخ (٢) .

١٣١ - (وثالثاً) ، أخذ على هيجل أنه لم يكن موفقاً في تطبيق الجدل
على مجرى التاريخ ، إذ ينتهي إلى أن عالم الجرمان هو مركب الموضوع
من العالم الشرقي والعالم الكلاسيكي وإلى أن برلين هي مركز الأرض (٣) .

١٣٢ - (ورابعاً) ، أخذ على هيجل أنه يضع الدولة المثالية العقائدية
المجردة المزودة بالطابع الروحي في مقابل المجتمع التاريخي الوجودي
ويرى في تكامل هذين العنصرين المتقابلين الحل النهائي لكافة المشكلات .

(١) أنظر في ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ١٧٢ - ١٧٣ . بريمو - المرجع
السابق ص ١٥٨ .

(٢) أنظر في ذلك ، جيرفيتش - الجدلية وعلم الاجتماع ص ٩٤ .

(٣) أنظر في ذلك ، الديني - المرجع السابق ص ٢٩ .

وأعلى قمة في حركة الجدل وهي تتبدى في العالم الاجتماعي . وهذا ما يظهر فشله في استخدام منهجه الجدل بصورة شاملة حينما يطبق في هذا المجال . ذلك أنه يسمو ويرتفع بالموقف الاجتماعي والتاريخي الذي يريد المحافظة عليه ، وبذلك يسقط من حيث تسود روحانيته السياسية إلى حيث تخيم المادية في أبشع صورها . فالدولة المبردة المثالية عند هيغل تتبدى لا في شكل دولة بورجوازية وحسب ولكن كدولة ملكية بروسية (١) .

١٣٣ - (وخامساً) ، أخذ على هيغل أنه لم يبرز أن التوافق بين الحرية الفردية والارادة الجماعية قد يتحقق . فهو يقدم لنا الدولة البروسية كنتظيم عقلائي للمجتمع ، ولكنه يقتصر على وصف حالة تاريخية تبدلوه كمرحلة أخيرة في التطور التاريخي الحاضر للدولة ، بدون أن يبين أنه في هذا الحل التاريخي نجد الدليل على صواب تعريفه العقلائي للحرية . فجرد أن العقل يوجد في التاريخ لا يستقيم بالضرورة أن التاريخ معقول دائماً (٢) .

١٣٤ - (وسادساً) ، أخذ على هيغل أنه يتصور أن دولته العقلية ستحمي دائماً حرية الفرد (٣) ، وان كان لا يجب عليها أن تحترم الفرد كغاية في ذاته . فهو يقرر أنه إذا كان الفرد يجب أن يحترم كغاية في ذاته من غيره من الأفراد ، فانه لا يحترم كذلك من الدولة لأنها جوهره (٤) .

١٣٥ - (وسابعاً) ، أخذ على هيغل أنه ما دامت القوانين من عمل الدولة ، فانها لا تعد بالنسبة لها قوانين بالمعنى العقلي . فهي لا تعد كذلك

(١) أنظر في ذلك . جيرفيتش - المرجع السابق ص ٩٤ .

(٢) أنظر في ذلك ، برعمو - المرجع السابق ص ١٥٧ .

(٣) أنظر في ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ٩٠ .

(٤) أنظر في ذلك ، هيغل - تاريخ الفلسفة ج ٢ ص ٢٣٢ .

الا بالنسبة لضمائر الأفراد ، أما بالنسبة للدولة فهي مجرد وسائل لها استعمالها أو عدم استعمالها ، ما دام أن لها كل السطة في أن تقدر في كل وقت ما هو حقيقي وما هو زائف ، ما هو نافع وما هو ضار ، ما هو خير وما هو شر (١) .

١٣٦ - (وثامناً) ، أخذ على هيجل أن تحقق الحرية إنما يكون بالقدرة على استعمالها ، وهذه القدرة لا تتوافر إذا كان الفرد مدمجاً في الدولة بحيث تحيط به إحاطة السوار بالمعصم (٢) . فالواقع أن هيجل لم يتغلب على مشكلة التناقض بين السلطة والحرية ، وإنما أخفى هذا التناقض تحت ستار نفيه لازدواج الدولة والفرد أو ازدواج المواطن والفرد . هذا الفرد الذي يجب عليه أن يريد الدولة والا كانت إرادته لا معقولة (٣) .

١٣٧ - (وتاسعاً) ، أخذ على هيجل أن دولته تفترض أن الفرد لا يشعر وحسب بتعلقه بالدولة وما تفعله ، وإنما يندمج فيها كلية من أعماقه . بحيث لا يخطر على الفرد أن له كيان متميز أو أنه كائنسان غيره ك مواطن . وهذا ما لا يصدق الا نادراً ، وما يحول دون أن ندخل في عداد الدولة . دولاً قامت ودولاً قائمة (٤) ،

١٣٨ - (وعاشراً) ، أخذ على هيجل أن الهوية أو التوافق الذي يقيمه بين إرادة الفرد وإرادة الدولة ، وما يتصوره من أن إرادة الفرد لا يضمحى بها من أجل إرادة الدولة وإنما تكون لها قيمة مطلقة بشرط أن تكون إرادة .

(١) أنظر في ذلك ، بريمو - المرجع السابق ص ١٥٧ .

(٢) أنظر في ذلك ، بريمو - المرجع السابق ص ١٥٨ .

(٣) أنظر في ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ٩٠ .

(٤) أنظر في ذلك ، ماسبيول - البحث السابق ص ١١٩ .

حقيقية عقلانية لأنها عندئذ تكون متوافقة مع إرادة الدولة ، يبدو كافتراض نقائلي لا يؤيده الواقع النفساني ولا يسانده التاريخ (١) . وإذا كان البعض يرى أن افتراض هيجل لذلك ينفي عنه النزعة الاستبدادية (٢) ، فالواقع أنه مع تخلف ذلك التوافق المفترض لا يمكن للفرد والمجتمع تفادي الاستبداد الغاشم . والتاريخ يثبت ذلك ، إذ أن أشد الأنظمة استبداداً ودكتاتورية هي التي انبثقت عن المذهب الهيجلي (٣) .

١٣٩ - (وأخيراً) ، أخذ على هيجل أن ما يذهب اليه من أن الفرد يكتشف ذاته الحقيقية العقلانية في الدولة يؤدي ، وأدى فعلاً ، إلى ثلاثي الفرد في الدولة . يضاف إلى ذلك أن استخدام فكرة «العقلانية» يدخل تحت ستار من المنطق عنصر تقييم يمكن بسهولة أن يساء استخدامه بما يناسب أغراض الحكم المطلق . فتحت هذا الستار أكد هيجل حقيقة الملكية الوراثية بمقولة أنها مركب الموضوع من القوة والحرية . هذا من أبرز الأمثلة على اخفاء الرأي السيامي تحت ستار من الفلسفة (٤) .

١٤٠ - لكل ذلك كان لنا أن نستبعد تصوير هيجل للعلاقة بين الفرد والدولة . هذا التصوير الذي يجعل الدولة غاية في ذاتها يجد الفرد في عضويتها وشمولها ذاته الجوهرية ، كما يجد في الخضوع لقوانينها حريته الحقيقية ، ومن ثمة يكون للدولة حق مطلق على الفرد الذي واجبه الاسمي أن يكون عضواً فيها .

(١) أنظر في ذلك ، بريمو - المرجع السابق ص ١٥٨ .

(٢) أنظر في ذلك باجر - المرجع السابق ص ٣٢٣ .

(٣) أنظر في ذلك ، بريمو - المرجع السابق ص ١٥٨ . قيل - المرجع الساب ص ٤٠٠ .

(٤) أنظر في ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ١٧١ .

ومن قبل استبعادنا لهذا التصوير استبعدنا التصوير الحيوى أو البيواوسفى للعلاقة بين الفرد والمجتمع . هذا التصوير الذى يصل فى صورته المطلقة إلى أنه يجعل من المجتمع كائناً حيوياً عضوياً تسمى جماعيته على ذاتية أفرادها للذين يرتبطون به ارتباط الأجزاء بالكل الذى به توجد ومن أجله تعمل (١).

وبذلك نكون قد استبعدنا المذهب الجماعى العضوى بصورتيه الحيوية والروحية ، بعد أن كنا قد استبعدنا المذهب الفردى الذى لا يرى فى الفرد جزءاً من كل وانما كلاً قائماً بذاته لا يستمد وجوده من المجتمع وانما تمنحه الطبيعة من الإرادة والحرية ما يجعله سيد نفسه ومصيره ، وما المجتمع الا وسيلة للتوفيق بين الانسان والانسان وحماية ما يتمتع به كل انسان من حقوق طبيعية (٢) .

بقى أن نحدد موقفنا وموقف من سبقونا إلى استبعاد كل من الفردية والجماعية ، موقفنا وموقفهم من الفرد والمجتمع . وهذا ما سنعرض له فى مطالب ثالث .

المطلب الثالث

مواقف لا فردية ولا جماعية

المواقف التوفيقية والوسطية والرحلية :

١٤١ - بين الفردية والجماعية وجدت مواقف وسط توفى أرتوازن بين الفرد والمجتمع أو تتجاوزهما إلى قيمة ستقطبهما هى الحضارة . كذلك وجدت مواقف مرحلية تختلف نزعها فى مرحلة أولى عنها فى مرحلة ثانية .

(١) أنظر ماتقدم ف ٧٧ - ٨٣ .

(٢) أنظر ماتقدم ف ٥٨ - ٧٠ .

ولقد حاول البعض اقحام هذه المواقف ، اما في قالب المذهب
الفردى ، واما في قالب المذهب الجماعى ، وكان ما من موقف الا ويجب
أن يدخل في أحد هذين القالبين . وهذا ما يؤدى إلى تشويه تلك المواقف
وتجميلها بما لا تحتمل . فحتى الموقف الماركسى المرحلى رغم اختلافه
في مرحلة عنه في الأخرى أريد صبه في قالب واحد من هذين القالبين (١).

وقد تجنبنا وصف تلك المواقف بأنها مذاهب اجتماعية لما قد يثيره
ذلك من لبس مزدوج . فن ناحية ، قد يوحي هذا الوصف بأنها تقف
مع المجتمع ضد الفرد . ومن ناحية أخرى ، قد يوحي هذا الوصف بأنها
جميعاً مذاهب اشتراكية لأن هذه توصف بأنها اجتماعية . يضاف إلى ذلك
أنه لا ينبغي أن نصب كافة تلك المواقف في قالب واحد رغم اختلافها
ورغم مساوئ القوالب المصبوبة .

ومن تلك المواقف نكتفى بأن نعرض لأبرزها ، ثم نتبع ذلك بعرض
موقفنا . ولهذا ستعرض ، أولاً لموقف اهرنج من الفرد والمجتمع ،
ثانياً ، لموقف ديجي من الفرد والمجتمع ، ثالثاً لموقف الماركسية من الفرد
والمجتمع ورابعاً ، لموقفنا من الفرد والمجتمع .

موقف اهرنج من الفرد والمجتمع (٢) :

١٤٢ - ينبع موقف اهرنج من الفرد والمجتمع من تحليله لغاية

(١) أنظر في ذلك ، ر. كابتان - هوبز والدولة المطلقة ، أرشيف فلسفة القانون
من ١٩٣٦ ع . ١ - ٢ ص ٧١ .
(٢) أنظر في ذلك ،

Sarwat Anis Al-Assiuty — Genèse et évolution des doctrines philosophiques, à
propos de Jhering et la pensée juridique moderne, Revue "Al Qanoun wal Iqisad,
XXXII, p. 467-483. Friedman Legal Theory 5th, ed. p. 321-325 Brimo — Les
grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat, Paris 1967 p. 183-187.

القانون . هذه الغاية التي تكن في تعريفه للقانون . وإذا رجعنا إلى تراجم هذا التعريف وجدنا تفاوتاً دقيقاً يؤدي إلى اختلاف جوهرى في تحديد موقفه من الفرد والمجتمع . وهذا التفاوت الدقيق لا نجد له فحسب بين ترجمه فقيه لذلك التعريف وترجمة آخر له ، وإنما نجد أيضاً بين ترجمتين مترجم واحد . ولذلك ذلك التفاوت لا نجد بداً من إيراد تلك الترجمات : فهذا فريدمان يترجم تعريف اهرنج للقانون إلى الانجليزية كما يلي :

“ Law is the sum of the conditions of social life in the widest sense of the terms ”. (١)

وهذا يرمو يترجم تعريف اهرنج للقانون بالغاية منه إلى الفرنسية مرة على نحو ومرة على آخر . ففى موضع نقراً :

“ Le but de droit c'est d'assurer les conditions de vie de la société ” (٢)

وفى موضع آخر نقراً :

“ Le but du droit est la recherche des conditions de vie en société ”. (٣)

وهذا الدكتور ثروت انيس يترجم تعريف اهرنج للقانون إلى الفرنسية فى موضوع على نحو وفى موضوع آخر على نحو آخر . ففى موضع نقراً أن القانون هو :

“ l'assurance des conditions de vie en société ”. (٤)

بينما فى موضع آخر نقراً أن اهرنج يعزف القانون مرة بأنه :

“ L'assurance des conditions de vie de société ”. (٥)

(١) أنظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ٣٢٤ .

(٢) أنظر فى ذلك ، يرمو - المرجع السابق ص ١٨٥ .

(٣) أنظر فى ذلك ، يرمو - المرجع السابق ص ١٨٥ .

(٤) أنظر فى ذلك ، ثروت انيس - البحث السابق ف ١٦١ - ١٦٢ ص ٤٧٠ .

(٥) أنظر فى ذلك ، ثروت انيس - البحث السابق ف ١٧٤ ص ٤٧٩ .

ومرة أخرى بأنه :

(١) L'ensemble des conditions de vie de la société.

ونخرج من ذلك بتفاوت دقيق بين أن يكون هدف القانون هو ضمان شروط الحياة الاجتماعية أو ضمان شروط الحياة في المجتمع ، وبين أن يكون هدف القانون هو ضمان شروط حياة المجتمع .

١٤٣ - ولكي نحدد موقف هيجل من الفرد والمجتمع ينبغي أن نبدأ بإزالة ذلك التفاوت . وهذا لما يقتضى أن نضع في اعتبارنا :

(أولاً) أن اهرنج ، على خلاف أوجست كونت ، لا يرى في المجتمع كائناً عضوياً جامعاً وانما جمع من الأفراد (٢).

(ثانياً) أن اهرنج يقسم شروط الحياة في المجتمع إلى :

١ - شروط لاقانونية ترجع إلى الطبيعة ولا تدخل للقانون بها .

٢ - شروط مختلطة ترجع إلى الانسان . وهي حفظ الحياة والنسل والعمل والتجارة ، ودوافعها غريزة حفظ النفس وغريزة الجنس وغريزة التملك، ومن ثمة لاجابة إلى تدخل القانون بشأنها الا اذا تخلفت تلك الدوافع ،

٣ - شروط قانونية بحجة تعتمد كلية على القانون كتحريم المارقة .
ووجوب أداء الدين (٣).

(ثالثاً) أن اهرنج لا يقف عند أن المجتمع هو شخص القانون

(١) أنظر في ذلك ، ثروت انيس - البحث السابق ف١٧٤ ص ٤٧٩ ، ف ١٦٣ ص ٤٧٢ .

(٢) أنظر في ذلك ، ثروت انيس - البحث السابق ف ١٧٥ ص ٤٨٠ .

(٣) أنظر في ذلك ، فريمان - المرجع السابق ص ٣٢٣ . ثروت انيس - البحث السابق ف ١٦٢ ص ٤٧٠ - ٤٧١ .

المستهدف sujet-but ، وإنما يصل إلى أن القانون خمس أشخاص
هدفية هي ، فضلاً عن المجتمع ، الفرد والدولة والكنيسة والجماعات (١) .

وما دام اهرنج لا يرى في المجتمع جمعاً من الأفراد ، كما يجد
شروط الحياة التي يضمنها القانون تحديداً لا يصدق الا على حياة الأفراد
في المجتمع ، فان هدف القانون لا يكون الفرد ككائن مستقل ، ولا المجتمع
ككائن عضوي جماعي ، وإنما الأفراد أو المجتمع كجمع من الأفراد .

١٤٤ - وعلى ضوء ذلك يجب أن نفهم تفضيل اهرنج لما أطلق
عليه النظرية الاجتماعية على النظرية الفردية : هذا التفضيل الذي يبرزه
اهرنج من وجهين :

الأول ، أن النظرية الاجتماعية تجعل مكاناً للفرد ، بينما النظرية الفردية
لامكان فيها للفرد . فالكل يتضمن الجزء ، أما الجزء الذي يريد أن يوجد
لنفسه فقط فيستبعد الكل . وإذا استهدف الجزء سعادته المنعزلة فان الكل
ينهار ، أما إذا استهدف الكل سعادته نتج عن ذلك بالضرورة العناية
بالجزء لأن الكل لا يمكن أن يكون سليماً إذا كان أحد أجزائه مريضاً .
ولهذا فان وجه التفوق الأول للنظرية الاجتماعية على النظرية الفردية هو
أن المجتمع يجب عليه أن يعنى بأعضائه .

والثاني ، أن النظرية الاجتماعية تفوق النظرية الفردية من حيث الهدف .
المثالي للحياة والقيمة العليا للوجود الفردي . فطبقاً للنظرية الفردية يكون
الفرد ذرة معزولة هدف حياته الأنمي هو سعادته على هذه الأرض ،
أما النظرية الاجتماعية فتضع الفرد في مسيرة التطور الانساني بحيث تكون

(١) أنظر في ذلك ، ثروت انيس - البحث السابق ف ١٦٣ ص ٤٧١ .

للحياة الفردية قيمة ويحصل الفرد على الثقة في أنه لا يعيش عبثاً ولكن له دوره في عمل الانسانية (١) .

ومن المحقق أن النظرية ، التي أطلق عليها اهرنج أنها نظرية اجتماعية والتي فضلها على النظرية الفردية ليست نظرية اشتراكية ولا نظرية جماعية ، فهي يقينا ليست نظرية اشتراكية لأنها تفتقد أهم أسس الاشتراكية وهو سيطرة الشعب على وسائل الانتاج . وهي أيضاً ليست نظرية جماعية ، لأن الكل الذي تعلقه على الجزء هو مجموع الأفراد ، ولأن غاية القانون هي ضمان شروط حياة الأفراد الاجتماعية ، وذلك على نحو ما سبق أن بينا ، فاذا كان اهرنج يعلى المجتمع على الفرد (٢) ، فهو انما يعلى الأفراد ككل على الفرد كجزء .

ولهذا لا يسعنا أن نسلم بما وجه إلى اهرنج من أنه لم يقدم الحل لمشكلة التنازع بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية (٣) . فالواقع أنه ما دام اهرنج لا يرى في المجتمع كائناً عضوياً جماعياً وانما جمع من الأفراد (٤) ، رغم ما ينسب اليه من أنه سار بعض الطريق نحو فكرة الدولة العضوية (٥) فان التنازع انما يكون بين المصلحة الخاصة بأحد الأفراد والمصلحة العامة

(١) أنظر في ذلك ، ثروت أنيس - البحث السابق ف ١٦٥ ص ٤٧٤ - ٤٧٥ .

عبد الحى حجازى - المدخل للدراسة العلوم القانونية ، القاهرة ١٩٦٦ ف ١٩٢ ص ٢٣٢ - ٢٣٣ .

(٢) أنظر في ذلك ، ثروت أنيس - البحث السابق ف ١٦٣ ص ٤٧١ .

(٣) أنظر في ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ٣٢٥ .

(٤) أنظر في ذلك ، ثروت أنيس - البحث السابق ف ١٧٥ ص ٤٨٠ .

(٥) أنظر في ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ٣٢٥ .

للأفراد : ومن حيث أنه يعلى الكل على الجزء ، فإن المصلحة العامة يجب أن تقدم على المصلحة الخاصة :

١٤٥ - وهذا الذى وصل اليه اهرنج سبقت الشريعة الاسلامية إلى ما هو أفضل وأدق منه : فهي قد سبقت إلى أن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل ، وأن تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق : وهي لم تقصد فحسب تحقيق الضروريات التي لا بد منها لقيام مصالح الدين والدنيا ، والتي تتعلق بحفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، وإنما قصدت أيضاً تحقيق الحاجيات التي يفتقر اليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى في الغالب إلى الحرج والمشقة ، كما قصدت تحقيق التحسينات التي تكمل الانسان بالأخذ بمحاسن العادات واتباع مكارم الأخلاق (١) ، كذلك أين قول اهرنج بأنه «إذا استهدف الكل سعادته نتج عن ذلك بالضرورة العناية بالجزء لأن الكل لا يمكن أن يكون سلباً إذا كان أحد أجزائه مريضاً» ، من قوله صلى الله عليه وسلم «تري المؤمنين في تراحمهم وتوادهم وتعاطفهم كمثل الجسد إذا اشتكى عضواً تداعى له سائر جسده بالسهر والحمى» (٢) .

موقف ديجي من الفرد والمجتمع (٣)

١٤٦ - يقتضى تحديد موقف ديجي من الفرد والمجتمع أن نستكشف

(١) أنظر في ذلك ، الشاطبي - الموافقات في أصول الأحكام ، المطبعة السلطانية ١٣٤١ هـ ج ٢ ص ٢ وما بعدها . بدران أبو العيين بدران - أصول الفقه ، الإسكندرية ١٩٦٩ ص ٤٥٠ - ٤٥٣ .

(٢) أنظر في ذلك ،

صحيح البخارى بشرح الكرماني ج ٢١ ص ١٧١ ، المطبعة البهية ١٣٥٦ هـ ١٩٣٧ م .

(٣) أنظر .

Duguit — Les Transformations générales du droit privé, Paris 1920. Traité de droit constitutionnel. Gurvitch — Sociologie juridique, Paris. Fridmann — Legal theory, 5th. ed. London 1967.

من ناحية موقفه من الحق والحرية والسلطة ، ومن ناحية أخرى موقفه من غاية القانون :

١٤٧ - فإذا ما بدأنا باستطلاع موقف ديجي من الحق والحرية والسلطة ، فلا ينبغي أن نقف عند نفيه العنيف لوجود حقوق طبيعية للإنسان سابقة على المجتمع على نحو ما سبق أن ذكرنا ، كما لا ينبغي أن نقف عند نفيه الحاد لوجود أى حق شخصي للفرد كعضو في المجتمع واستبداله بفكرة الحق الشخصي التي نقضها كلية فكرة الوظيفة الاجتماعية ، وإنما ينبغي أن نمضي مع ديجي لنضيف إلى هذا الشر من موقفه شطراً آخر لا يمكن بدونه أن تكتمل صورة هذا الموقف :

فن ناحية ، يقرر ديجي أنه إذا كان الإنسان ليس له حقوق ، فالجماعة أيضاً ليس لها حقوق (١) ، وأن الحديث عن حقوق الفرد وحقوق المجتمع وعن وجوب التوفيق بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة حديث عما لا وجود له (٢) . ويمضي فيؤكد أنه «ما من حقوق للأفراد ، وما من حقوق للمواطنين ، كما ما من حقوق للجماعات الاجتماعية أياً ما كانت» (٣) . والقانون الموضوعي المستمد من التضامن الاجتماعي يستبعد في نفس الوقت فكرة وجود حق للجماعة في أن تخضع الفرد وفكرة وجود حق للفرد في أن يتمسك بشخصيته تجاه الجماعة أو غيره من الأفراد (٤) :

(١) أنظر في ذلك ، ديجي - الصلوات العامة لقانون الخاص ص ١٩ .

(٢) أنظر في ذلك ، ديجي - المرجع السابق ص ٢٤ .

(٣) أنظر في ذلك ، ديجي - المرجع السابق ص ٢٩ .

(٤) أنظر في ذلك ، جيرفيتش - علم الاجتماع القانوني ص ٩٩ .

ولهذا يثور ديجي على ما يستتبعه القول بوجود ضمير جماعى من اخضاع الفرد للكل ، مما يدفعه إلى نفى هذا الضمير الجماعى ليصل من ذلك إلى أنه ما دام لا يوجد سوى ضماير فردية ، فانه لا يمكن أن يكون هناك ما هو أعلى وما هو أدنى (١) .

ومن ناحية ثانية ، لا يقف ديجي عند أن يصم المذاهب الجماعية بأنها عودة إلى البربرية (٢) ، وانما يصل إلى استبعاد الدولة من بين الجماعات الحقيقية ويعتبرها افتراضا مقنعا لعلاقة قوى آلية (٣) . وإذا لم تكن الدولة قد احتضرت (٤) ، فان الشكل الجماعى للدولة المرتبط بمبدأ السيادة التى ليست سوى اسم آخر لحق الدولة الشخصى فى أن تأمر فى طريقه إلى الاحتضار (٥) . وسواء نظرنا إلى الدولة كتنشيص للجماعة أو كتنفرة للتمييز بين الحاكمين والمحكومين ولتعاون المرافق العامة تحت ادارة ورقابة الحاكمين ، فان الدولة فى جميع مظاهرها مقيدة بقانون أعلى منها (٦) .

ومن ناحية ثالثة ، إذا كانت حرية الانسان عند ديجي ليست حقاً وانما وظيفة اجتماعية تلقى عايه واجباً اجتماعياً ، فان هذا الواجب هو أن ينمى فرديته son individualité إلى أقصى حد ممكن حتى يمكنه أن يقوم بتلك الوظيفة على أحسن وجه ، وليس لأحد أن يعوق

(١) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش - المرجع السابق ص ١٠٣ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديجي - المرجع السابق ص ٢١ .

(٣) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش - المرجع السابق ص ٩٩ .

(٤) أنظر فى ذلك ، فريدمان - المرجع السابق ص ٢٣٠ .

(٥) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش - المرجع السابق ص ١٠٤ .

(٦) أنظر فى ذلك ، ديجي - مطلق القانون الدستورى ط ٣ ج ٣ ف ٨٨ ص ٥٨٩ .

ذلك النمو الحر (١) . ويعرف ديجي الحرية بأنها السلطة التي تكون لكل فرد في أن يمارس وينمي نشاطه الجسدي والذهني والخلقي دون يكون للدولة أن تضع عليها من القيود سوى ما يكون ضرورياً لحماية حرية الجميع (٢) ، فالواجب الأول للدولة هو أن تضمن للجميع حريته الفردية (٣) . صحيح أنه ليس للفرد أن يعوق نمو فرديته (٤) ، وأن الدولة لا يجب عليها فحسب ألا تمس بالحرية وإنما يجب عليها أيضاً أن تمنع كل فرد من كافة التصرفات التي من شأنها أن تنقص من قوة عمله وإنتاجه سواء في المجال الذهني أو المادي (٥) ، ولكن ذلك لا يغير من أن نمو الفرد يجب ألا يعوقه شيء ، كما لا ينبغي أن موقف ديجي يصدر عن فكرة أن للفرد قيمته العالية (٦) .

١٤٨ - وإذا ما انتقلنا إلى تفصيل موقف ديجي من غاية القانون ، وجدنا أن الأستاذ فالين قد سبقنا إلى ذلك وانتهى إلى أن غاية القانون عند ديجي ، رغم خصوصته للدولة للمذهب الفردي ، ليست المجتمع في ذاته وإنما سعادة أفراده . (٧) وهذا الذي انتهى إليه فالين يمكننا أن ندعمه بحجة نضيفها إلى ما احتج به .

وببدأ فالين من أن نقد ديجي العنيف للمذهب الفردي ينصب على ما يقوم عليه هذا المذهب من أن للإنسان حقوق طبيعية سابقة على قيام

(١) أنظر في ذلك ، ديجي - التطورات العامة للقانون الخاص ص ٢٠ .

(٢) أنظر في ذلك ، ديجي - مطول القانون الدستوري ط ٣ ج ٣ ف ٩٢ ص ٦٣٩ .

(٣) أنظر في ذلك ، ديجي - مطول القانون الدستوري ط ٣ ج ٥ ف ١ ص ٦ .

(٤) أنظر في ذلك ، ديجي - التطورات العامة للقانون الخاص ص ٢١ .

(٥) أنظر في ذلك ، ديجي - مطول القانون الدستوري ط ٣ ج ٥ ص ٣ .

(٦) أنظر في ذلك ، فالين - الفردية والقانون ط ٢ ف ٢٢٣ ص ٣٨٦ - ٣٨٧ .

(٧) أنظر في ذلك ، فالين - المرجع السابق ١٧ ص ٤٨ - ٥١ .

المجتمع . ومجرد نفي هذه الحقوق لا ينفي أن غاية القانون هي خير الأفراد . فما من تلازم بين تلك الحقوق الطبيعية وهذه الغاية ، وإنما يمكن أن تكون غاية المجتمعات هي خير أفرادها دون أن يكون لهؤلاء الأفراد حقوقاً طبيعية سابقة على المجتمع (١).

ولا يستند فالين فيما انتهى إليه إلى مجرد أن ديجي يقر بأن كل تنظيم سياسي لبلد متمدد ليس له من غاية سوى أن يتيح للدولة القيام بواجباتها على أفضل وجه ممكن وأن يضمن للأفراد قيام الدولة بذلك ، فهذا وحده لا يكفي لإثبات أن نمو الفرد هو غاية القانون عند ديجي . ذلك أنه إذا كان ديجي يوجب على المجتمع أن يضمن للأفراد النمو الحر لنشاطهم فأنما ذلك لتوثيق روابط التضامن الاجتماعي الذي يعتبره أساس القانون والذي يكون ذلك النمو لازماً لتحقيقه ، مما يوحي بأنه قد جعل الفرد مجرد وسيلة لتحقيق غاية اجتماعية هي التضامن الاجتماعي (٢) .

ويتصلدى فالين لذلك الاحتمال فينتفيه : ينفيه لأن ديجي يميز بدقة بين موضوع القواعد القانونية وغايتها ، ولأن التضامن الاجتماعي هو موضوع تلك القواعد ولكنه ليس غايتها . فهو ليس غاية في ذاته وإنما له غاية بحث عنها فالين فوجد أنها خير الأفراد ، وانتهى إلى أن الحياة الاجتماعية عند ديجي ليست غاية في ذاتها وإنما وسيلة لخدمة الأفراد (٣) .

ويستند فالين فيما انتهى إليه إلى حجتين . الحجة الأولى ، هي أن كل أعمال ديجي تلمس فيها حرصه على الفرد ، وأنه إذا كان قد كرس حياته

(١) أنظر في ذلك ، فالين - المرجع السابق ص ٤٨ .

(٢) أنظر في ذلك ، فالين - المرجع السابق ص ٤٨ - ٤٩ .

(٣) أنظر في ذلك ، فالين - المرجع السابق ص ٥٠ .

لفكرة ضرورة تقييد الدولة بالقانون فانما ذلك لمصلحة الأفراد . والحجة الثانية ، هي أن ديجي في مقلمة الطبعة الثانية لمطوله في القانون الدستوري قد ركز مذهبه في قوله أن «الدولة الحديثة تبدو أكثر كجماعة من الأفراد تعمل متحدة تحت ادارة ورقابة الحاكمين لتحقيق الحاجات المادية والاخلاقية للمشاركين فيها» . وهذا ما يكشف عن أن الأمر لا يتعلق بالعمل من أجل المجتمع أو من أجل أية وحدة جماعية كفاية في ذاتها ، بل أن الدولة الحديثة هي التي تعمل لسعادة أعضائها (١) .

ونضيف إلى ما استند اليه فالين حجة أخرى نستمدّها من أن ما حرص ديجي على تأكيده من أن المجتمع ليس له أن يخضع الفرد (٢) ينفي أن يكون المجتمع غاية في ذاته وأن يكون الفرد مجرد وسيلة لتحقيق غاية اجتماعية ، إذ لو كان المجتمع غاية في ذاته لاستتبّع ذلك خضوع الفرد للمجتمع . يضاف إلى ذلك أن المجتمع عند ديجي هو الأفراد كما يدل على ذلك ما سبق أن ذكرناه من حملته على ما يستتبعه القول بوجود ضمير جماعي من إخضاع الفرد للكل ، وما يحتاج به من أنه ما دام لا يوجد سوى ضمائر فردية ، فانه لا يمكن أن يكون هناك ما هو أعلى وما هو أدنى (٣) .

١٤٩ - وعلى ضوء ذلك يجب أن نفهم ما يصف به ديجي مذهبه من أنه مذهب اجتماعي (٤) . فلا يجب أن يتبادر من هذه الصفة أنه يقف مع المجتمع ضد الفرد ، وانما يوازن بينهما موازنة لا تنفيها خصومته الشديدة

(١) أنظر في ذلك ، فالين - المرجع السابق ص ٥١.

(٢) أنظر ماتقدم ف ١٤٧ .

(٣) أنظر ماتقدم ف ١٤٧ .

(٤) أنظر في ذلك ، ديجي - التطورات العامة للقانون الخامس ص ٢٥ - ٢٦ .

للمذهب الفردى : هذه الخصومة التى لا تقل عنها خصومته للمذهب
الجماعى . فهو قد حمل على هذا المذهب حملة شعواء (١) خير ما يعبر عنها
دمغه له بأنه عودة إلى البربرية (٢) .

موقف الماركسية من الفرد والمجتمع :

١٥٠ - آثار تحديد موقف الماركسية من الفرد والمجتمع خلافاً
عميقاً بلغ حد أن نسب البعض إلى الماركسية أنها فردية النزعة (٣) ، بينما
نسب إليها البعض أنها تقترب إلى أبعد مدى من المذاهب الجماعية (٤) ،
واكتفى البعض الآخر بإبراز أنها والفردية تنطلقان من نفس المبدأ وتستهدفان
نفس الغاية (٥) .

فمن رأى البعض ، أن الماركسية مشبعة بعمق بالفردية لأنها تستهدف
اقامة نظام اجتماعى أفضل للفرد يحقق له بتنظيم اقتصادى أفضل حياة
مثمرة (٦) . وهى إذا لجأت إلى الدكتاتورية ، فإن من عقيدتها أن الفرد
هو أصل وغاية المجتمعات (٧) .

(١) أنظر فى ذلك ، ديجي - مطول القانون المستوى ج ١ ص ٤٩٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، ديجي - التطورات العامة للقانون الخاص ص ٢١ .

(٣) أنظر فى ذلك ، ر. كاييتان - هوبز والنولة المطلقة ، أرشيف فلسفة القانون ص ١٩٣٦
ج ١ - ٢ ص ٧١ . روبييه - النظرية العامة للقانون ط ٢ ص ٢٨٢ . فالين -
الفردية والقانون ط ٢ ص ٨٥ .

(٤) أنظر فى ذلك ، روبييه - المرجع السابق ص ٢٨ ص ٢٤٢ - ٢٤٣ . مصطفى أبوزيد -
فى الحرية والاشتراكية والوحدة ص ٢٣٥ .

(٥) أنظر فى ذلك ، ستوبا نوفيتش - الماركسية والقانون ، باريس ١٩٦٤ ص ٩٨-٩٩ .

(٦) أنظر فى ذلك ، كاييتان - البحث السابق ص ٧١ .

(٧) أنظر فى ذلك ، فالين - المرجع السابق ص ٨٥ .

ومن رأى البعض ، أن الماركسية ليست فردية النزعة (١) ، وإنما أقرب ما تكون إلى المذاهب الاجتماعية رغم اختلاف نقطة انطلاقهما (٢) . فهي ليست فردية النزعة لأن هذه النزعة لا تقف عند مجرد استهداف سعادة الفرد ورفاهيته ، وإنما تضع الفرد فوق المجتمع وتفضل المصالح الخاصة على المصالح الجماعية كما تترك النشاط الاقتصادي لحرية الأفراد دون تدخل من الدولة (٣) . وهي أقرب ما تكون إلى المذاهب الجماعية ، لأنها لا تقف بين الفرد والمجتمع موقفاً وسطاً ، وإنما ترفع من قدر المجتمع على حساب الفرد وتخضعه للسلطة خضوعاً تاماً ، وإن كان ذلك حتى يتم الانتقال إلى مرحلة الشيوعية الكاملة فتتحقق للفرد حريته وسعادته (٤) .

ومن رأى البعض ، أن كلا من الماركسية والفردية تنطلقان من نفس المبدأ وتستهدفان نفس الهدف . فكل منهما ينطلق من مبدأ تحرير الفرد من القيود ، وإن كانت الفردية ترى فيها قيوداً اجتماعية أشد مظاهرها وأعنفها الدولة ، بينما ترى فيها الماركسية قيوداً اقتصادية واجتماعية وقانونية المستول الأول عنها نظام الانتاج . وكل منهما يستهدف حرية الفرد وسعادته ، وإن كانت الفردية ترى فيه كائناً مستقلاً قائماً بذاته ، بينما ترى فيه الماركسية كائناً اجتماعياً أصيلاً (٥) .

(١) أنظر في ذلك ، مصطفى أبوزيد - المرجع السابق ص ٢٣٤ .

(٢) أنظر في ذلك ، روبييه - المرجع السابق ص ٢٨ - ٢٤٢ - ٢٤٣ .

مصطفى أبوزيد - المرجع السابق ص ٢٣٥ .

(٣) أنظر في ذلك ، مصطفى أبوزيد - المرجع السابق ف ١٧٦ ص ٢٣٢ - ٢٣٤ .

وقارن ، فالين - المرجع السابق ص ٣١ .

(٤) أنظر في ذلك ، مصطفى أبوزيد - المرجع السابق ص ٢٣٥ .

(٥) أنظر في ذلك ، ستروانوفيتش - المرجع السابق ص ٩٨ - ٩٩ .

١٥١ - وهذا الاختلاف حول الماركسية يقتضى أن نقف منه أو منها . وأول ما يستوقفنا هو الطابع المرحلي للماركسية التى تبشر كما سبق أن رأينا بالانتقال من مرحلة المجتمع الاشتراكى إلى مرحلة المجتمع الشيوعى (١) . والانطباع الأول الذى يتولد عن ذلك الطابع المرحلي هو أنه إذا كان موقف الماركسية من الفرد والمجتمع ليس موقفاً وسطاً فإنه موقف مرحلي يختلف فى مرحلة عنه فى الأخرى . ولهذا لزم أن نعرض لموقف الماركسية من الفرد والمجتمع فى هاتين المرحلتين كل على حدة لأنه بينما يمكن أن نحتكم إلى غاية القانون فى أوليهما ، لا يمكن أن نحتكم إلى غاية القانون فى ثانيتهما لما سبق أن رأيناه من أن الماركسية تنفى وجود قانون فى هذه المرحلة (٢) .

١٥٢ - فإذا ما بدأنا بالمرحلة الأولى ، مرحلة المجتمع الاشتراكى التى لا يخفى فيها القانون ، وجدنا أن تحديد غاية هذا القانون للاحتكام إليها فى تحديد موقف الماركسية من الفرد والمجتمع يجب أن يسبقه تحديد ماهية وطبيعة القاعدة القانونية وفقاً للمذهب الماركسى .

والقاعدة القانونية وفقاً لهذا المذهب هى ، فى كل زمان ومكان توجد فيه ، وسيلة الطبقة الاجتماعية التى فرضت على مجتمعتها نظامها فى الانتاج لضمان دورها التاريخى (٣) . فهى أداة اجبار مادية فى يد طبقة مسيطرة توجهها ارادياً ولهدف محدد ضد الطبقة الخاضعة (٤) . ولهذا فان الطابع

(١) أنظر ما تقدم ف ٢٨ .

(٢) أنظر ما تقدم ف ٢٨ .

(٣) أنظر فى ذلك ، ستويانوفيتش - المرجع السابق ص ٦٦ .

(٤) أنظر فى ذلك ، ستويانوفيتش - المرجع السابق ص ٧٠ .

الطبقي يعد من جوهر هذه القاعدة التي لا يمكن أن تصدر عن ارادة مجموع أفراد المجتمع وانما عن ارادة طبقة اجتماعية . فن اللامعقول أن تكون القاعدة تعبيراً عن الارادة العامة لأنه لا يمكن للطبقة الخاضعة المستغلة أن تقبل وضعها الا مجبرة اجباراً ينفي ارادتها (١) .

ولا تختلف القاعدة القانونية في مجتمع البروليتاريا عنها في المجتمع الرأسمالي من هذا الوجه . فمجتمع البروليتاريا مجتمع طبقي ، وطبقة البروليتاريا طبقة مهيمنة تفرض نظامها في الانتاج ومصلحتها وارادتها الطبيعية على المجتمع بأسره وخاصة على الطبقة الرأسمالية المخلوعة تحقيقاً لبرنامج تطويرها للمجتمع . وهذا ما يقتضى أن يكون تقلد الطبقة العاملة للسلطة على نحو أكثر دكتاتورية واطلاقاً من سابقها (٢) .

ولم هنا ، ومن تلك الطبيعة الطبيعية للقاعدة القانونية في مجتمع البروليتاريا ، يتبين أن غاية القانون في تلك المرحلة لا يمكن أن تكون الفرد بوجه عام كعضو في مجتمع ، ولا العامل بوجه خاص كعضو في طبقة البروليتاريا ، وانما هذه الجماعة الطبيعية التي تحكم المجتمع حكماً مطلقاً بما في ذلك اعضائها أنفسهم (٣) .

وإذا كان ذلك ما تؤدي اليه الطبيعة الطبيعية للقاعدة القانونية في مجتمع البروليتاريا ، فهل نجد ما ينفي ذلك فيما يوجد بينها وبين القاعدة القانونية في المجتمع الرأسمالي من اختلاف رغم ما لكل منهما من طبيعة طبقية ؟

-
- (١) أنظر في ذلك ، ستويا نوفيشتش - المرجع السابق ص ٦٦ .
(٢) أنظر في ذلك ، ستويا نوفيشتش - المرجع السابق ص ٧١ - ٧٢ حيث أشار إلى :
ماركس - نقد برنامج جوت ، ترجمة فرنسية ، باريس ١٩٥٠ ص ٢٢ وما بعدها . لينين -
النزعة والثورة ، ترجمة فرنسية ، باريس ١٩٤٧ ص ٩٧ وما بعدها .
(٣) أنظر في ذلك ، ستويا نوفيشتش - المرجع السابق ص ٨٥ .

لنتحقق من ذلك علينا أن نعرض لهذا الاختلاف : وهو يكن في أنه
بينما تجمع القاعدة القانونية الرأسمالية بين أن تكون أداة سيطرة وأداة
استغلال ، تقتصر القاعدة القانونية في مجتمع البروليتاريا على أن تكون
أداة سيطرة دون أن تكون أداة استغلال ، لأنها لا تكسر أى استغلال
اقتصادي من طبقة لأخرى أو من جماعة لأخرى أو من فرد لآخر .
ويرتبون على ذلك ان القاعدة القانونية في مجتمع البروليتاريا تجيب مصلحة
أوسع من مصلحة هذه الطبقة رغم أنها تعبر عن ارادتها . ومن الناحية
الاقتصادية فان هذه القاعدة لا تمس في الواقع سوى أعضاء الطبقة
البورجوازية . ولما كانت هذه تمثل أقلية طفيفة ، فان المصلحة الاقتصادية
التي تعد تلك القاعدة اجابة لها تكون شبه عامة (١) .

ونخرج من ذلك ، لا بما ينفي ما كنا قد تبيناه من أن الفرد ليس غاية
القانون ، وانما بما يؤيده . وإذا لم يكف هذا التأييد ، فاننا نجد التأكيد
في أنه في اليوم الذي لا تعود فيه مصلحة الطبقة متميزة عن المصلحة العامة
للمجتمع ، تكون طبقة البروليتاريا قد اختفت ويكون القانون قد اختفى
معه (٢) .

وإذا كان الأمر كذلك ، فانه لا يمكن القول بأن وضع السلطة فوق
الفرد في هذه المرحلة الأولى يكون من أجل الفرد . بل أنه لا يمكن القول
بأنه في هذه المرحلة تضع الماركسية المجتمع فوق الفرد ، إذ أنها في الحقيقة
انما تضع فوق الفرد جماعة أو طبقة اجتماعية هي طبقة البروليتاريا دون
سائر طبقات المجتمع .

(١) أنظر في ذلك ، ستويا نوفييتش - المرجع السابق ص ٨٤ - ٨٥ .

(٢) أنظر في ذلك ، ستويا نوفييتش - المرجع السابق ص ٨٥ .

١٥٣ - وإذا ما انتقلنا إلى المرحلة الثانية ، مرحلة الشيوعية التي لم يتحقق الانتقال إليها ، وجدنا أنه لا يمكن تحديد موقف الماركسية من الفرد والمجتمع في هذه المرحلة بالاحتكام إلى غاية القانون وما تسندفه الساطة أو الدولة ، لأنه وفقاً للمذهب الماركسي أن يكون في هذه المرحلة قانون أو دولة (١) ، إذ نكون قد عدنا إلى المجتمع الأول مجتمع الفطرة الذي كان قيام الدولة ووجود القانون لاحقاً عليه .

ومجرد ما تذهب إليه الماركسية من اختفاء الدولة والقانون في هذه المرحلة لا يبعد بينها وبين الفردية ، كما لا يخفى من أن نحدد موقفها من الفرد والمجتمع في هذه المرحلة .

فذلك وحده لا يبعد بين الماركسية والفردية ، لأن من ينتمون إلى المذهب الفردى من لا يختلف موقفه عن ذلك كثيراً : فسياسر الذي يعد من أقطاب المذهب الفردى يرى ، كما سبق أن ذكرنا أن الحكومة صائرة لا محالة إلى القضاء على نفسها بحكم التطور الاخلاقى والتكامل السياسى (٢) : كذلك يرى فيشته أن الدولة تسير نحو تلاشيها ، وأن من واجب كل حكومة أن تجعل الحكومة غير لازمة (٣) .

وذلك وحده أيضاً لا يخفى من أن نحدد موقف الماركسية من الفرد والمجتمع في المرحلة الثانية التي تبشر بها . فلقد سبق أن رأينا أنه إذا كانت الماركسية تنكر وجود القانون في هذه المرحلة ، فإنها لا تنكر وجود قواعد اجتماعية تحكم الفرد والمجتمع وان كانت تأبى أن ترى فيها

(١) أنظر في ذلك ، ماتقدم ف ٢٨ .

(٢) أنظر في ذلك ، ماتقدم ف ٨٠ .

(٣) أنظر في ذلك ، ستويا فيتش - المرجع السابق ص ٩٩ .

قواعد قانونية (١) ، فما هو هدف تلك للقواعد الاجتماعية ؟ نجيبنا الماركسية على ذلك أجابة واضحة هي : حرية وسعادة ورغاية الفرد . الا أن ذلك لا يعنى أن الماركسية تضع الفرد فوق المجتمع في تلك المرحلة الثانية . فالواقع أنها تنفى أى تعارض بين ما هو فردى وما هو اجتماعى في مرحلة الشيوعية . وفي ذلك تختلف الماركسية عن الفردية التى تقدم الفرد على المجتمع . وإذا كان لا يمكن التحقق من ذلك لأن الماركسية لازالت تنتظر تلك المرحلة الثانية ، فانه على الأقل ما تبشر أو تعد به الماركسية .

١٥٤ - ومن ذلك يتضح أن موقف الماركسية من الفرد والمجتمع يختلف في مرحلتها الأولى عنه في مرحلتها الثانية . فهي في المرحلة الأولى تملى جماعة طبقية معينة على الفرد ، بينما في المرحلة الثانية توفق بين الفرد والمجتمع . ولهذا يمكن أن نرى في الماركسية مذهباً مختلطاً .

موقفنا من الفرد والمجتمع^١

١٥٥ - لن نكتفى في تحديدنا لموقفنا من الفرد والمجتمع ، بأن نؤيد ما يذكر لفقهاء من رفضه لكل من الفردية والجماعية (٢) ، ولا بأن نقف مع فقهاء عند أن الميثاق قد وقف من الفرد والمجتمع موقفاً وسطاً ، وانما سنحاول ، بعد أن نسجل ذلك للفقهاء والميثاق ، أن نوصل موقفنا :

١٥٦ - وإذا ما بدأنا بأن نسجل للفقهاء ما ينبغي أن يذكر له من أنه بروح علمية خالصة رفض كلا من المذهبين الفردى والجماعى ، كان

(١) أنظر ما تقدم ف ٣٠-٣١ .

(٢) أنظر في ذلك ، حسن كبره - أصول القانون ط ٢ ص ٢٠٨ شمس الدين الوكيل - المدخل لدراسة القانون ، ١٩٦٢ ص ٤٦-٤٧ . عبد المنعم الصده - أصول القانون ، بيروت ١٩٧١ ف ٢٣-٢٤ ص ٣٣-٣٥ .

حسبنا أن ننقل عن سبق إلى ذلك (١) أن هذين المذهبين متطرفان تطرفاً يؤدي إلى نتائج غير مقبولة . «فبينما يسوق المذهب الفردي بمنطقة في تقديس الفرد وحرية إلى تحكم فريق من الأفراد في فريق بما لم من غلبة اقتصادية أو اجتماعية ، يسوق المذهب الاجتماعي (الجماعي) بمنطقة في تقديس الجماعة وصالحها إلى تحكم الدولة واستبدادها وعصفها بحريات الأفراد وهدارها لمصالحهم الخاصة ... من أجل ذلك لا يتأتى الأخذ بمذهب من هذين المذهبين دون الآخر . فضلاً عن أن كلا منهما يقوم على حقيقة أساسية لا ينبغي اغفالها ... والخطأ إنما يتأتى من قصر النظر إلى حقيقة دون أخرى ، فالقول بالمذهب الفردي إنما يغفل في الإنسان اجتماعيته وخضوعه للجماعة وصالحها ، والقول بالمذهب الاجتماعي إنما يغفل فيه فرديته واستقلاله وحرية . بينا الإنسان لا يمكن أن تتصور اجتماعيته دون فرديته والاصار بمجرد آله تعمل في جهاز ضخم كبير دون عقل أو ارادة ، وكذلك لا يمكن أن تتصور فرديته دون اجتماعيته والا انقلب الأمر فوضي منطقها الغلبة والقوة . كل ذلك يحتم الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي بما يحقق التوازن بين طبيعة الإنسان الفردية وطبيعته الاجتماعية ... ومن هنا تظهر حقيقة العدل الذي ينبغي على القواعد القانونية تحقيقه ، فليس هو العدل الخاص أو التبادل الذي يقوم على أساس التكافؤ بين الأفراد فيستهدف المساواة المطلقة بين أشخاصهم ... وليس هو مجرد العدل العام التوزيعي أو الاجتماعي الذي يقوم على أساس سيطرة الجماعة على الأفراد سيطرة الكل على الجزء .. وإنما هو مزاج بين هذا العدل وذاك» (٢) .

(١) أنظر ، حسن كيره - أصول القانون ط ٢ ص ٢٠٨ - ٢٠٩ .

(٢) أنظر في ذلك ، حسن كيره - المرجع السابق ص ٢٠٨ - ٢٠٩ .

١٥٧ - وإذا ما انتقلنا إلى تسجيل ما يذكر للميثاق من أنه وقف

بين الفرد والمجتمع موقفاً وسطاً ، تركنا ذلك لفقهاء مدنى وآخر دستورى
فما سجله فقيه مدنى عن الميثاق أن الاشتراكية العربية اتسمت بالاعتدال
إذ مع وضعها المصلحة الاجتماعية فوق كل اعتبار لم تغفل مصلحة
الانسان الفرد (١) . وما سجله فقيه دستورى عن الميثاق أن الديمقراطية
العربية ، وإن استهدفت سعادة الفرد وتحقيق حريته ، فإنها قد رفضت
أن تجعل منه وحده هدفاً وحيداً للنظام السياسى والاقتصادى والاجتماعى .
وهى وإن وجدت نفسها يحكم اتجاهها الاشتراكى العميق مضطرة إلى تقوية
المجتمع ليقوم بواجبه فى تحرير الفرد وإنهاء كل قيد للاستغلال يحده من
حريته ، فإنها قد أثبت أن تجعل المجتمع هدفاً وحيداً يضحى من أجله بالفرد
تضحية كاملة . فهى تريد أن يكون الفرد حراً ، وهى تريد فى نفس
الوقت أن يكون المجتمع قوياً قد توافرت له الكفاية فى الانتاج والعدالة
فى التوزيع . ولذلك فإنها تهتم بالاثنتين معاً وتقف منهما موقفاً وسطاً .
وما يؤدى بها إلى هذا الوضع أنها لا ترى فى حرية الفرد أمراً مستقبلاً
سوف يتحقق كما فى الماركسية فى مرحلة عليا هى مرحلة الشيوعية ،
وإنما ترى فيها أمراً حالاً وحرية فورية (٢) .

١٥٨ - وإذا ما حاولنا بعد ذلك أن نوصّل موقفنا تأصيلاً لا يكفى

برفض كل من الفردية والجماعية والدعوة إلى اتخاذ موقف وسط أو متوازن

(١) أنظر فى ذلك ، عبد الحى حجازى - المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القاهرة

١٩٦٦ ص ٢٤٨ .

(٢) أنظر فى ذلك ، مصطفى أبوزيد - فى الحرية والإشتراكية والوحدة ف ١٧٧ -

١٧٨ ص ٢٣٩ - ٢٤١ .

بينهما ، كان علينا أن نتساءل كيف يمكن أن يكون كل من الفردو المجتمع هدفاً في نفس الوقت إذا كان بينهما ما يبدو من تضاد أو تقابل يقتضى أن يقدم أحد الهدفين على الآخر ؟ وإذا قلنا بأنه عند التقابل أو التعارض يقدم المجتمع كهدف على الفرد كغاية ، أفلا يمكن أن يقود ذلك إلى ما قادت إليه المذاهب الجماعية ، أو على الأقل ألا ينفي ذلك أننا نقف بينهما موقفاً وسطاً ؟ وإذا قلنا بأنه يجب على القانون اجراء توازن بين المجتمع والفرد ، بين العدل العام والعدل الخاص ، فعلى أى أساس يجرى هذا التوازن ويتحدد نصيب كل منهما ، أم لا يمكن تحديد ذلك وإنما يجب أن يترك للظروف (١)؟ وقبل كل ذلك ما هو المجتمع الذى نقف بينه وبين الفرد موقفاً وسطاً ، وهل يقوم بينهما حقاً تضاد وتنازع ؟ وما هى المصلحة العامة التى تقدم على المصلحة الخاصة ، وهل هذا التقديم تقديم للمجتمع على الفرد .

١٥٩ - فأما عن المجتمع الذى نريد أن نوصّل موقفنا منه ، فلا يمكن أن يكون غاية في ذاته إلا إذا قصدنا بذلك مجموع أفراده . فبهذا الفهم ، وبهذا الفهم فقط ، يمكن أن يكون المجتمع غاية في ذاته . وهذا ما سبق إليه الفقه الاسلامى بابرازه أن غاية الشريعة هى مصالح العباد أى الأفراد (٢) . وفرق بين أن يكون الفرد هو غاية القانون وأن يكون الأفراد هم غاية القانون .

وقد يعترض على ذلك بأن المجتمع ليس مجرد جمع من الأفراد ، وإنما هو نسق مكون من العرف المنوع والاجراءات المرسومة ، ومن السلطة

(١) أنظر فى ذلك ، شمس الدين الركيل - المرجع السابق ص ٤٧ .

(٢) أنظر فى ذلك ، الشاطبى - الموافقات فى أصول الأحكام ، المطبعة السلفية ١٣٤١ هـ ، ج ٢ ص ٢ .

والمعونة المتبادلة ، ومن كثير من التجمعات والأقسام وشقى وجوه ضبط السلوك الانسانى والحريات ، أى أن المجتمع نسيج العلاقات الاجتماعية الذى يتغير باستمرار (١) . الا أن هذا الاعتراض مردود من ناحيتين :
 فمن ناحية ، فان القول بأن المجتمع لا يمكن أن يكون غاية فى ذاته الا إذا قصدنا بذلك مجموع أفراده لا يعنى أننا نرى فى المجتمع مجرد مجموعة من الأفراد ولا ينغى أن نرى فيه نسقاً أو نسيجاً من العلاقات الاجتماعية .

ومن ناحية ثانية ، فان النظر إلى المجتمع من حيث كونه نسقاً أو نسيجاً من الارتباطات الاجتماعية يحول دون أن نرى فيه غاية فى ذاته ، لأن الأنماط والارتباطات الاجتماعية التى تدخل فى ذلك النسق أو النسيج لا يمكن أن تكون غاية فى ذاتها ،

وما اتجهنا اليه من أن المجتمع لا يمكن أن يكون غاية فى ذاته الا إذا قصدنا بذلك مجموع أفراده فى الحال والاستقبال يمكن أن يلتقى مع ما جاء فى الميثاق من أن المجتمع ليس «وصفاً شائعاً» ، وإنما هو كل انسان فرد يعيش على تربة الوطن وترتبط آماله مع آمال غيره من المواطنين « (٢) » ،
 فمن المستبعد أن يكون مقصد هذه العبارة أن كل فرد هو المجتمع وليس أن مجموع الأفراد لا يتفصل عن المجتمع .

كذلك فان ما اتجهنا اليه من أن المجتمع لا يمكن أن يكون غاية فى ذاته الا إذا قصدنا به مجموع أفراده ، أدق من أن نجعل غاية القانون المجتمع

(١) أنظر فى ذلك ، ماكيفر وبيج - المجتمع ، ترجمة د. على عيسى ط ٢ ص ١٦ - ١٧ .

(٢) أنظر الميثاق - الباب السابع .

والفرد معاً ، لما يتطوى عليه ذلك من أن للقانون غاية مزدوجة ، بينا الحقيقة أنها غاية واحدة هي المجتمع كمجموعة من الأفراد .

١٦٠ - وأما عما يبدو من تضاد أو تنازع بين الفرد والمجتمع ، فالواقع أن هذا التضاد أو التنازع موعوم (١) عديم المعنى ولا أساس له نظرياً وتطبيقياً ، إذ أن التعاون أو النزاع في المجتمع لا يتخذ طرفي الفرد والمجتمع وإنما يتم كما يحدث في الواقع الملاحظ بين الفرد والفرد أو بين الأفراد والأفراد أو بين الجماعات والجماعات (٢) . وهذا ما أبرزه أيما إبراز جيرفيتش ، إلى حد يصدق معه ما قاله من أن الخلاف حول علاقة الفرد بالمجتمع قد أوصد . وللتحقق من ذلك حسبنا أن نتبع تفنيده للتضاد المزعوم بين الفرد والمجتمع :

وهو يبدأ بأن الفرد والمجتمع توأمان لا ينفصلان ، وأن الفرد هو ما هو عليه بفضل غيره من الأفراد الذين يتضمنهم المجتمع كما يتضمنه . فالمجتمع يتضمن الغير ونحن «الأناء» الذين يراد أن يوضعوا في مواجهته ، والذين لا يوجدون بدونيه كما لا يوجد بدونهم . وكما أن الفرد لمباطن للمجتمع ، فإن المجتمع مباطن للفرد ، بحيث نجد المجتمع في أعماق الأناء ، كما نجد الأناء في أعماق المجتمع (٣) .

وهو بعد ذلك يبرز أن مشكلة التنازع بين الفرد والمجتمع ترجع غالباً إلى بعض أوجه خداع البصر الذي تضاف إليه تفسيرات غير صحيحة

(١) أنظر في ذلك ، جيرفيتش - النزعات الحالية لعلم الاجتماع ، باريس ١٩٦٨ ، ط ٤ ف ٣ ص ٣٨ - ٤٤ .

(٢) أنظر في ذلك ، عاطف غيث - علم الاجتماع ، الإسكندرية ١٩٦٦ ص ٢٢٥ - ٢٢٦ .

(٣) أنظر في ذلك ، جيرفيتش - المرجع السابق ص ٣٩ .

فالواقع أن ثمة ميل إلى أخذ التنازع الذى ينتج داخل أنفسنا وداخل المجتمع على أنه تنازع بين الجماعة وأعضائها . ويضرب لذلك مثلاً بالتنازع بين المنتجين والمستهلكين . فهذا التنازع يكشف عن أننا بصدد تنازع يجرى على المستوى الفردى وعلى مستوى الجماعات المتقابلة . فكل منا ، أو يكاد ، هو منتج ومستهلك فى نفس الوقت . فالمولف كمنتج يرغب فى أن يحصل على أعلى ثمن ، بينما كقارئ يرغب فى أن يؤدي أدنى سعر . وهكذا نكون ، من ناحية بصدد تنازع داخل النفس وانقسام بين أوجه «الأنا» المتعددة ، ومن ناحية أخرى بصدد تنازع بين جماعتين داخل المجتمع جماعة المنتجين وجماعة المستهلكين (١) .

وهو يضيف إلى ذلك أن كلا منا ينتمى إلى عدة جماعات : أسرة مشروع ، نقابة ، ناد . وداخل كل من تلك الجماعات نضطلع بدور اجتماعى معين ، بحيث تكون لنا عدة أدوار اجتماعية . وهذه الأدوار الاجتماعية التى يقوم بها الفرد كأب أو زوج أو عامل أو مواطن أو مستهلك تدخل دون توقف فى تنازع مزدوج : فى داخل النفس حيث تتقابل الأدوار الاجتماعية المختلفة ، وفى داخل الواقع الاجتماعى حيث تتقابل الجماعات المختلفة التى ينتمى إليها الفرد . ومن التشويه أن تأخذ ذلك التنازع على أنه تنازع بين الفرد والمجتمع (٢) .

وهذا ما يكشف عن أن القانون الذى يحدد الملكية الزراعية ، أو الذى يضع حداً أقصى للأجرة أو الأجور أو الأسعار ، أو الذى يقيد من سلطة صاحب العمل أو حق الاخلاء ، لا يواجه فى الحقيقة تنازعا بين

(١) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش - المرجع السابق ص ٤٠ .

(٢) أنظر فى ذلك ، جيرفيتش - المرجع السابق ص ٤٠ .

الفرد والمجتمع ، وإنما بين أفراد أو جماعات . ومن ثمة ينبغي أن يوصد ذلك الخلاف الذى شغلنا طويلاً حول موقف القانون من الفرد والمجتمع ، وأن نتجه إلى التنازع القائم بين الأفراد وبين الجماعات .

١٦١ - ولا يبقى بعد ذلك إلا أن نتصدى لما يجب من توازن بين العدل الخاص والعدل العام ، لا فى علاقة الفرد بالمجتمع ، وإنما فى علاقة الأفراد والجماعات داخل المجتمع . وهنا نكون بصدد ترجيح بين المصالح لا يجب أن يترك بلا تحديد ، ولا نجد تحديداً له خيراً من تحديد الفقه الإسلامى للمصالح وترتيبه لها ، وما ينبى عليها من ترجيح بين ما يجلب من مصالح وما يلغى من مضار . فلا يقف الفقه الإسلامى عند مجرد ترتيب المصالح بحيث تأتى فى مقدمتها المصالح الضرورية تلها الحاجة فالتحسينية ، كما لا يقف عند مجرد ترتيب المصالح الضرورية بحيث تأتى فى مقدمتها حفظ الدين فالنفس فالعقل فالنسل فالمال (١) ، وإنما يواصل وضع القواعد الترجيحية العادلة التى حسبنا أن نشير منها إلى قاعدة أن دفع المضار مقدم على جلب المنافع ، وقاعدة أن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام ، وقاعدة تحمل أخف الضررين لاتقاء أشدهما (٢) . وما أجدرنا أن نعود إلى هذا التراث الفلذ بدلاً من أن نقرب بين مذاهب فردية ومذاهب جماعية نربأ عن أن تكون الشريعة الإسلامية قد وقفت منها موقفاً وسطاً (٣) ، لأنها كانت أسمى من أن يخفى عليها أنه ما من تضاد أو تنازع بين الفرد والمجتمع .

(١) أنظر فى ذلك ، الشاطبى - الموافقات فى أصول الأحكام ، المطبعة السلفية ١٣٤١ هـ ، ص ٢٤٠ وما يلىها .

(٢) أنظر فى ذلك ، بدران أبو العنين بدران - أصول الفقه ، الإسكندرية ١٩٦٩ ص ٤٥٩ .
عبد المنعم الصده - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧٠ ف ص ١١٠ .

(٣) قارن ، عبد المنعم الصده - المرجع السابق ف ٥٧ ص ٧٥ .

خاتمة

١٦٢ - تعرضنا في هذه الدراسة للاجتماع الانساني كموضوع للنظام القانوني ، وذلك كقابل لتعرض علم الاجتماع للدراسة القانون الذي يحكم الاجتماع الانساني . ولا نحسبنا قد اختتمنا بل انطلقنا في ذلك المجال : مجال دراسة الاجتماع الانساني باعتباره اجتماعاً قانونياً . ولهذا ما كنا نريد أن نضع خاتمة لهذه الدراسة ، لولا أنه لابد لكل دراسة من أن تقف عند حد ، كما لابد لما عندما تقف عند هذا الحد من خاتمة لا يقصد بها سوى اجمال ما وصلت أو خلصت اليه .

فبإذا خلصنا من هذه الدراسة التي عرضت في فصل أول لظاهرة الاجتماع الانساني ، ثم عرضت في فصل ثان لمستويات الاجتماع الانساني ؟

فأما ما خلصنا اليه من دراستنا لظاهرة الاجتماع الانساني فيمكن اجماله في أمرين تجتمع لهما صفة اللزوم والتلازم بحيث يعد ثانيهما بالنسبة لأولهما من قبيل لزوم ما يلزم . وما يلزم هو الاجتماع الانساني ، الذي لا يمكن أن تقوم حياة انسانية بدون ، والذي بصدد تحققنا من لزومه حددنا المقصود بأن الانسان كائن اجتماعي . ولزوم ما يلزم هو القانون ، الذي يستلزمه الاجتماع اللازم للانسان ، والذي بصدد تحققنا من لزومه بينا أسباب لزومه ونقينا أنه قامت من قبيل مجتمعات بلا قانون ولا يتصور أن تقوم من بعد مجتمعات بلا قانون . وهذا ما اقتضانا أن نناقش كلا من المذهب الفوضي والمذهب الشيوعي لنخرج من هذه المناقشة باستبعاد ما يتوقعانه من قيام مجتمعات بلا قانون .

وأما ما خلصنا إليه من دراستنا لمستويات الاجتماع الانساني فيتعدد
بمتعدد هذه المستويات :

فعلى المستوى الأول ، مستوى الارتباطات الاجتماعية ، خلصنا
إلى ما يمكن أن نجمله فيما يلى : أولا ، أن تقسيم هذه الارتباطات
إلى انتهائية وتقابلية ينبع عنه تقسيم العلاقات والقواعد القانونية إلى جماعية
وفردية . ثانياً ، أن الوحدات الاجتماعية الأولية التى يرتبط أفرادها
ارتباطاً انتهائياً يمكن أن تكون أطارا لقيام عرف خاص . ثالثاً ، أن انقسام
الارتباط التقابلى إلى تقاربى وتباعدى ومختلط ينعكس على العلاقات
القانونية التى تنبثق عن كل منها .

وعلى المستوى الثانى ، مستوى الجماعات ، خلصنا ، بعد تحديدنا
لمقوماتها ، إلى ما يمكن أن نجمله فيما يلى : أولاً ، أن هذه الجماعات التى توسط
بين الفرد والمجتمع قد عاد لها مكانها فى النظام القانونى . ثانياً ، أن اعتراف
النظام القانونى بهذه الجماعات قد يصل وقد لا يصل إلى الاعتراف لها بشخصية
قانونية . ثالثاً ، أنه يمكن أن تنشأ داخل هذه الجماعات قواعد قانونية غير
تلك التى يكون مصدرها العرف الجماعى ، ولكن لا يعد تنظيمها القانونى
نظاماً قانونياً يقوم بجانب النظام القانونى للمجتمع .

وعلى مستوى الثالث ، مستوى المجتمعات ، عرضنا لتحديد علاقة
الفرد بالمجتمع و خلصنا إلى ما يمكن أن نجمله فيما يلى : أولاً أن المذهب
الفردى يوجه إليه من الانتقادات ما يجعلنا نستبعده ، ثانياً ، أن المذهب
الجماعى أو العضوى يوجه إلى من الانتقادات ما يستوجب استبعاده ، سواء
فى صورته الحيوية التى قال بها المذهب البيولوجى أو فى صورته

الروحية التي قال بها هيجل والتي طبقها الفاشية كما تعد النازية تطبيقاً جزئياً لها. ولقد اقتضانا ذلك أن نعرض للتصوير الحيوى وشبه الحيوى للمجتمع، كما اقتضانا أن نتبع جدلية هيجل سواء فى تطبيقه لها على التاريخ أو على الفكر ليصل إلى أن الدولة كما حددها غاية فى ذاتها لها حق مطلق على أفرادها ، ثالثاً ، أن موقف كل من اهرنج وديبى أو الماركسية موقف لا فردى ولا جماعى ، رابعاً ، أن موقف اشتراكيتنا يختلف عن موقف الماركسية وان كان أيضاً لا فردى ولا جماعى ، خامساً ، أن ما يبدو من تضاد وتنازع بين الفرد والمجتمع هو فى حقيقته تنازع بين الأفراد والجماعات .

تم بحمد الله

مراجع البحث

١ - باللغة العربية :

- ابن خلدون : المقدمة ، دار اسمااء التراث العربى ، بيروت .
- أحمد جامع : الفوضوية بين الفردية والإشتراكية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ١٩٨٠ ، ج ١ ص ١٤٥ .
- أحمد سلامة : دروس في المدخل لدراسة القانون ، القاهرة ١٩٦٥ .
- الشماطى : الموافقات في أصول الأحكام ، المطبعة السلفية ، القاهرة ١٣٤١ هـ .
- بدوان أبو العينين بدوان : أصول الفقه ، الإسكندرية ١٩٦٩ .
- جلال العدوى : قانون العمل ، الإسكندرية ١٩٦٨ .
- حسن الساعاتى : علم الاجتماع القانونى ، ط ٣ ، القاهرة ١٩٦٨ .
- حسن مسلمان : أسس علم الاجتماع ط ٦ .
- حسن كبره : أصول القانون ، ط ٢ ، الإسكندرية ١٩٥٩ - ١٩٦٥ .
- شمس الدين التوكيل : المدخل لدراسة القانون : القاعدة القانونية ، الإسكندرية ١٩٦٢ .
- شمالليه (فرانسوا) : هيجل ، ترجمة جورج صطفى ، دمشق ١٩٧٠ .
- طه بدوى : أصول علوم السياسة ، الإسكندرية ١٩٦٧ .
- عاطف غيث : علم الاجتماع ، ج ١ ، الإسكندرية ١٩٦٦ .
- عبد الحى حجازى : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القاهرة ١٩٦٦ .
- عبد الفتاح الدينى : هيجل ، القاهرة ١٩٦٧ .
- عبد المنعم البدواوى : المدخل للعلوم القانونية ، بيروت ١٩٦٧ .
- عبد المنعم الصدة : أصول القانون ، بيروت ١٩٧١ .
- هاكفر ويبيج : المجتمع ، ترجمة الدكتور على عيسى ، القاهرة ١٩٦١ .
- محمد كامل ليله : مبادئ القانون الادارى ، بيروت ١٩٦٨ - ١٩٦٩ .
- مصطفى أبوزيد : في الحرية والاشتراكية والوحدة ، الاسكندرية ١٩٦٦ .
- النظرية العامة للقومية العربية ، بيروت ١٩٦٩ .
- مصطفى الحشاش : علم الاجتماع ومدارسه ، الكتاب الأول ط ٣ ، الكتاب الثانى ط ٢ ، الكتاب الثالث ط ١ .

٢ - بالغات الأجنبية :

- Ronnard (R.)** Le droit et l'Etat dans Le National-Socialisme, Paris 1936.
- Breilat, Milhaud (M.)** Les libertés publiques dans L'Italie faciste, Paris 1939.
- Brimo (A.)** Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat, Paris 1967.
- Burdean** Traité de science politique
- Capitant (R.)** L'illicite, T.I L'impératif juridique, Paris 1929.
Hobbes et l'Etat totalitaire, A.P.D.S.J, 1936 p. 46.
- Dabin (J.)** Théorie générale du droit , 2e éd 1953.
- Delegu (T.)** La loi penale et son application, Alex. 1956—1957.
- De La Gressaye & Laborde Lacoste** Introduction générale à l'étude du droit, Paris 1947.
- De Lu Morandière & Scelle, Esmein, Lévy-Bruhl** Introduction à l'étude du droit, Paris 1951.
- Del Vecchio (G.)** Philosophie du droit, Paris 1953.
- Duguit (L.)** L'Etat, le droit objectif et la loi positive, Paris 1901.
Les transformations générales du droit privé 2e éd Paris 1920. Traité du droit constitutionnel.
- Du Pasquier (C)** Introduction à la théorie générale et à la philosophie du dr, 6e éd.
- Flerschmann (E)** La philosophie politique de Hegel, Paris 1964.
- Friedmann** Legal theory, 5th ed., London 1967.
- Fuller (L.)** Freedom : a suggested analysis. Harvard law review vol. 68 p. 1305.
- Gény (F.)** Science et technique en droit prive positif, Paris 1914—1924

- Gounet (E.)** Le principe de L'autonomie de la volonté en droit privé,
th. Dijon 1912.
- Gurvitch (G.)** Le temps présent et l'idée du droit social, Paris 1932.
Sociologie juridique, Paris
Traité de sociologie, Paris 1962.
La vocation actuelle de la sociologie, 4e éd., Paris 1968.
- Haesaert** Théorie générale du droit, Brux. 1948.
- Hegel** Principe de la philosophie du droit, Gallimard 1940.
- Marty & Raynaud** Droit civil T. I
- Maspétiot (R.)** Droit, société civile et Etat dans la pensée de Hegel,
A. P.D. T.XII, 1967. p. 91.
- Reale (E.)** L'Italie, Paris 1934.
- Roubier (P.)** Théorie générale du droit, 2e éd 1951.
- Sarwat Anis Al-Assiuty** Genèse et évolution des doctrines philosophiques
Revue AL Qanoun Wal Iqtisad, XXXII — XXXIII.
- Stéyanovitch (K.)** Marxisme et droit, Paris 1964.
- Villey (M.)** Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris 1957.
- Waline (M.)** L'individualisme et le droit, 2e éd. Paris 1949.
- Weil (E.)** Hegel et l'Etat, Paris 1950.

هيكـل البـحث

مقدمه

الصفحة	الرقم العام	الرقم الخاص	
٧	٢٠١	٧	١ - ظاهرة الضبط الاجتماعي
٨	٢٠٢	٨	٢ - تعدد الضوابط الاجتماعية
٨	٢٠٢	٨	٣ - القانون أهم الضوابط الاجتماعية
١٠	٢٠٤	١٠	٤ - دراسة الاجتماع الانساني من جوانبه القانونية

الفصل الأول

ظاهرة الاجتماع الانساني

١٢	٢٠٦	١٢	٥ - لزوم الاجتماع ولزوم القانون
----	-----	----	---------------------------------

البحث الأول

لزوم الاجتماع الانساني

١٣	٢٠٧	١٣	٦ - الانسان كائن اجتماعي
١٣	٢٠٧	١٣	٧ - كونها حقيقة واقعية
١٤	٣٠٨	١٤	٨ - كونها حقيقة تاريخية
١٥	٢٠٩	١٥	٩ - المقصود بها
١٥	٢٠٩	١٥	١٠ - تحديد ابن خلدون
١٦	٢١٠	١٦	١١ - تحديد ما كيفر وبيج

البحث الثاني

لزوم القانون للاجتماع الانساني

١٧	٢١١	١٧	١٢ - ما يقتضيه التحقق من ذلك
----	-----	----	------------------------------

١٥١ إذا يوجد القانون في مجتمعاتنا ؟

- ١٣ — ما يرجع اليه من أسباب ٢١٢ ٦٨
١٤ — العدوان من طبائع البشر ٢١٢ ٦٨
١٥ — وجوب وجود حاكم ٢١٢ ٦٨
١٦ — وجوب وجود قانون ٢١٣ ٦٩

هل وجدت مجتمعات بلا قانون ؟

- ١٧ — الجماعات البدائية ٢١٣ ٦٩
١٨ — حالة الفطرة ٢١٤ ٢٠
١٩ — حالة الفطرة في رأى مستقبل ٢١٤ ٢٠
٢٠ — حالة الفطرة في رأى غير مستقبل ٢١٥ ٢١
٢١ — حالة الفطرة حالة اجتماعية ٢١٥ ٢١
٢٢ — حالة الفطرة حالة تصورية ٢١٥ ٢١
٢٣ — حالة الفطرة لا بد لها من قانون ٢١٦ ٢٢
٢٤ — حالة الفطرة لها قانونها وان لم يكن لها تنظيم سياسى ٢١٦ ٢٢

هل يتصور وجود مجتمعات بلا قانون ؟

- ٢٥ — ما يتصوره المذهبان القوضوى والشيوعى ٢١٧ ٢٣

المذهب القوضوى

- ٢٦ — ما يذهب اليه ٢١٨ ٢٤
٢٧ — أوجه نقده ٢١٨ ٢٤

المذهب الشيوعى

- ٢٨ — ما يذهب اليه ٢١٩ ٢٥
٢٩ — مناقشته ٢٢٠ ٢٦
٣٠ — هل تنتفى الحاجة إلى القانون في مرحلة الشيوعية ٢٢١ ٢٧
٣١ — هل تنتفى الصفة القانونية عن قواعد مرحلة الشيوعية ٢٢٢ ٢٨

الفصل الثاني

مستويات الاجتماع الانساني

٣١	٢٢٥	٣٢ - تحديدها
----	-----	--------------

البحث الاول

مستوى الارتباطات الاجتماعية

٣١	٢٢٥	٣٣ - تقسيمها
----	-----	--------------

الارتباط الانتعائي

٣٢	٢٢٦	٣٤ - ماهيته
٣٢	٢٢٦	٣٥ - تعدد صوره
٣٢	٢٢٦	٣٦ - مايتوقف عليه
٣٣	٢٢٧	٣٧ - تدرج مستوياته
٣٤	٢٢٨	٣٨ - انعكاساته القانونية

الارتباط التقابلي

٣٥	٢٢٩	٣٩ - ماهيته
٣٥	٢٢٩	٤٠ - مايتوقف عليه
٣٦	٢٣٠	٤١ - تقسيمه من حيث مضمونه
٣٧	٢٣١	٤٢ - تقسيمه من حيث أطرافه
٣٧	٢٣١	٤٣ - تقسيمه من حيث فاعليته

البحث الثاني

مستوى الجماعات

٣٨	٢٣٢	٤٤ - تقسيم
----	-----	------------

موضع الجماعات في الاجتماع الانساني

٣٨	٢٣٢	٤٥ - ماهيتها
----	-----	--------------

٣٩	٣٣٤	عناصرها
٣٩	٢٣٣	عنصر وجود مواقف مشتركة
٤٠	٢٣٤	عنصر العمل لتحقيق مصالح مشتركة
٤١	٢٣٥	عنصر القابلية لتشكيل وحدة هيكلية

٢ - موضع الجماعات في النظام القانوني

٤٢	٢٣٦	تطور موقف القانون منها
٤٢	٢٣٦	قيود وصور الاعتراف بها
٤٣	٢٣٧	ما يصدر عنها من عرف خاص
٤٣	٢٣٧	ما ينشأ بداخلها من قواعد قانونية أخرى
٤٧	٢٤١	تفاوتها فيما يصدر عنها من قواعد قانونية
٤٧	٢٤١	تنظيماتها القانونية ليست أنظمة قانونية

البحث الثالث

مستوى الجماعات

٤٩	٢٤٣	ماهية المجتمع
٥٠	٢٤٤	علاقة المجتمع بالفرد

المطلب الأول

المذهب الفردي

أسس المذهب الفردي

٥١	٢٤٥	موقفه من الفرد والمجتمع
٥٢	٢٤٦	عدم ارتباطه بفكرة العقد الاجتماعي
٥٣	٢٤٧	مدى ارتباطه بفكرة القانون الطبيعي
٥٥	٢٤٩	الثورات التي قامت على أساسه
٥٥	٢٤٩	مبادئ المذهب الفردي
٥٥	٢٤٩	انبثاق مبادئه عما يحدهه للقانون من غاية

- ٦٣ - اقامته النظام القانوني على مبدأي الحرية والمساواة ٢٥٠ ٥٦
٦٤ - تطبيق مبادئه على نشاط الدولة وعلاقتها بالأفراد ٢٥٠ ٥٦
٦٥ - تطبيق مبادئه على نشاط الأفراد وعلاقتهم ببعضهم ٢٥١ ٥٧

فقد المذهب الفردي :

- ٦٦ - انتكاسه وما أخذ عليه ٢٥٢ ٥٨
٦٧ - المأخذ الأول ٢٥٢ ٥٨
٦٨ - المأخذ الثاني ٢٥٣ ٥٩
٦٩ - المأخذ الثالث ٢٥٤ ٦٠
٧٠ - المأخذ الرابع ٢٥٤ ٦٠

المطلب الثاني

المذهب الجماعي أو العضوي

مخبره :

- ٧١ - التصوير العضوي الجماعي للمجتمع ٢٥٥ ٦١
٧٢ - الفارق بين التصوير العضوي وشبه العضوي ... ٢٥٦ ٦٢

جنوره :

- ٧٣ - قدمها ٢٥٧ ٦٣
٧٤ - افلاطون ٢٥٧ ٦٣
٧٥ - ارسطو ٢٥٨ ٦٤

صوره :

- ٧٦ - العضوية الحيوية والعضوية الروحية ٢٥٩ ٦٥

§ ١- العضوية الحيوية

المذهب البيولوجي

عرض المذهب

- ٧٧ - تأثيره بالزعة العلمية : ٢٦٠ ٦٦

٦٧	٢٦١	٧٨ - ارتكازه على وجود تماثل
٦٩	٢٦٣	٧٩ - الاختلاف حول مدى التماثل
٧٠	٢٦٤	٨٠ - الاختلاف في نتائج التماثل

نقد المذهب

٧٤	٢٦٨	٨١ - تعدد أوجه نقده
٧٤	٢٦٨	٨٢ - أوجه نقد التصوير الحيوى المطلق
٧٧	٢٧١	٨٣ - أوجه نقد التصوير الحيوى النسبي

§ ٢ - العضوية الروحية

المذهب الهيغل

مضمون المذهب الهيغل :

٨٠	٢٧٤	٨٤ - فكرة الشمولية العضوية
٨٢	٢٧٦	٨٥ - جانبها التاريخي والعقلي

الجانب التاريخي للمذهب الهيغل :

٨٤	٢٧٨	٨٦ - مراحل الجدلية
٨٤	٢٧٨	٨٧ - المرحلة الأولى
٨٤	٢٧٨	٨٨ - المرحلة الثانية
٨٥	٢٧٩	٨٩ - المرحلة الثالثة

الجانب العقلي للمذهب الهيغل :

٨٧	٢٨١	٩٠ - مخططة الجدلى
٨٨	٢٨٢	٩١ - مفهوم الارادة
٨٩	٢٨٣	٩٢ - مفهوم الحرية
٩٢	٢٨٦	٩٣ - مستوياته الجدلية

المستوى الأول : القانون المحرد :

٩٣	٢٨٧	٩٤ - محوره
----	-----	--------	------------

النظامان الرئاسي والبرلماني^(١)

في دساتير الدول العربية

للدكتور محمد فؤاد مهنا

نظام الحكم الديمقراطي النيابي البرلماني ومثله نظام الحكم الديمقراطي النيابي الرئاسي نظامان من أنظمة الديمقراطية الغربية نشأ أصلاً في دول أوروبا وأمريكا . وعن هذه الدول أخذت دساتير الدول العربية أو دساتير غيرها من دول أمريكا اللاتينية وآسيا وأفريقيا .

وليس لكل من هذين النظامين صورة واحدة محددة . يرسمها دستور الدولة أو الدول التي نشأ فيها . ولكن لكل منهما وبصفه خاصة النظام البرلماني صور متعددة تختلف في بعض وجوها باختلاف الدول التي أخذت بها بل وتختلف في الدولة الواحدة تبعاً لتطور الظروف .

ولهذا فإن دراسة النظامين الرئاسي والبرلماني في دساتير الدول العربية تتطلب أولاً وقبل كل شيء تفهم حقيقة هذين النظامين في نشأتهما وتطورهما في الدول التي تعتبر مصدراً يعتمد عليه في دراسة هذين النظامين وهي في نظرنا إنجلترا وأمريكا .

غير أنه يلاحظ مع ذلك أن الفقه الدستوري قد رسم لكل من النظامين صورة تقليدية أو كلاسيكية حدد فيها العناصر التي يتكون منها كل من النظامين والأسس التي يقوم عليها .

(١) البحث الذي نقتسه اليوم هو نشره في أصله الباب الثالث من دروس القانون الدستوري التي ألفت على طلبه قسم الماجستير في جامعة بغداد في العام الجامعي ١٩٦٨-١٩٦٩ . ونظراً لأنه لم يسبق نشر هذه الدروس فقد رأينا أن نقتضاها للنشر بمجلة الحقوق في صورة بحث مستقل .

وبالرغم من أن هذه العناصر والأسس ليست في الواقع متوافرة بصورة
واحد وبقدر واحد محدد في كل النظم البرلمانية والرئاسية المعروفة في
الوقت الحاضر إلا أن الرأي العلمي في الفقه الدستوري متفق على أن هذه
العناصر والأسس تمثل الصورة العامة التقليدية لكل من النظامين . ولهذا رأينا
أن نقسم دراستنا في هذا البحث إلى ثلاثة فصول :

فصل أول ندرس فيه الصورة العامة التقليدية لكل من النظامين
الرئاسي والبرلماني .

وفصل ثان ندرس فيه الصورة الحقيقية لكل من النظامين في التطبيق
العملي في الدول التي نعتبرها مصدراً حقيقياً لمذبي النظامين .

وفصل ثالث وأخير نخصصه لدراسة النظامين في دساتير الدول العربية .

الفصل الأول

الصورة التقليدية

للنظامين الرئاسي والبرلماني

ندرس في هذا الفصل الصورة التقليدية لكل من النظامين في مبحث مستقل .

المبحث الأول

الصورة التقليدية للنظام البرلماني

النظام البرلماني هو أساساً نظام نيابي لكنه يتميز بعدة سمات أساسية : ويمكن تعريفه بأنه النظام الذي يعهد بإدارة شئون الحكم إلى البرلمان ورئيس الدولة عن طريق وزارة مسئولة أمام البرلمان (١) .

والنظام البرلماني ليس نظاماً جامداً له صورة واحدة في أصولها وتفصيلاتها ولكنه يتميز بالمرونة ، بمعنى انه يمكن أن تكون له أكثر من صورة تختلف فيما بينها من بعض الوجوه مع اتفاقها كلها من حيث اعتبارها نظاماً برلمانياً .

أسس النظام البرلماني

يرى الفقه الدستوري بوجه عام أن ثمة أسساً محددة يجب أن تتوافر في نظام الحكم حتى يمكن أن يقال عنه أنه نظام برلماني .

حقيقة يلاحظ ان هذه الأسس قد يتناولها أو يتناول بعضها شيء من التنوع أو التطوير لكنها في جوهرها أسس لازمة لاقامة نظام برلماني

(١) بريدو القانون الدستوري والنظم السياسية ١٩٦٦ ص ١٤٠

سليم . هذه الأسس ثلاثة وهي التوازن ، والتعاون ، والرقابة المتبادلة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية .

١ - التوازن بين السلطتين :

يقصد بالتوازن (١) بين السلطتين التنفيذية والتشريعية أن لا يكون لأى من السلطتين سيطرة أو نفوذ دائم على السطة الأخرى .

والتوازن المطلوب هنا يتناول البرلمان والوزارة ورئيس الدولة .

وتحقيق هذا التوازن يتطلب أن تكون كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية مستقلة عن الأخرى أى أن لا تكون احدهما خاضعة للأخرى ،

واستقلال السلطة التشريعية مكفول فى الأصل كنتيجة طبيعية لتكوين هذه السلطة عن طريق الانتخاب .

أما استقلال السلطة التنفيذية فيتحقق بوسيلتين :

الأولى : ازدواج السلطة التنفيذية من حيث تكوينها ، بمعنى أن يعهد باختصاصات هذه السلطة لعضوين بدلا من عضو واحد يجمع فى يده كل الاختصاصات :

وعلى هذا الأساس تتكون السلطة التنفيذية فى الصورة التقايدية للنظام البرلمانى من رئيس دولة غير مسئول ووزارة مسئولة أمام البرلمان .

وهذا التكوين المزدوج للسلطة التنفيذية من شأنه أن يكفل استقلال هذه السلطة فى شخص رئيس الدولة . وفى نفس الوقت يكفل تحقيق ديمقراطية الحكم فى شخص الوزارة المسئولة أمام ممثل الشعب (البرلمان) :

(١) يرى الأستاذ بيردو أن المطلوب هنا هو المساواة بين السلطتين (المرجع السابق ص ١٤٠ - ١٤٤) .

الثانية : والوسيلة الثانية لتحقيق استقلال السلطة التنفيذية هي اختيار رئيس الدولة من خارج البرلمان أو بعبارة أخرى من غير أعضاء البرلمان .

وتتضمن صورة هذا الاستقلال بأن يكون الرئيس الذى يختار من خارج البرلمان شخصية ممتازة يتمتع بنفوذ واحترام شخصى فى نظر الجميع .

٢ - التعاون بين السلطين :

ان استقلال كل سلطة عن الأخرى قد يودى إلى أن تتجاهل كل من السلطين السلطة الأخرى، ولكن النظام البرلمانى لا يسمح بهذا التجاهل أو بهذا النوع من الاستقلال لأنه يقوم على أساس الاستقلال مع التعاون بين السلطات .

وتحقق التعاون فى النظام البرلمانى يتم عن طريق الوزارة .

ذلك لأن الوزارة فى النظام البرلمانى هي التى ترسم السياسة العامة للدولة وهي فى نفس الوقت مسئولة أمام البرلمان عن هذه السياسة وعن ممارستها لشئون الحكم بوجه عام .

ومن جهة أخرى يقوم الوزراء بوصفهم أعضاء فى البرلمان ورؤساء فى نفس الوقت للوزارات برسالة مزدوجة تحقق التعاون بين السلطين .

فهم - من ناحية - يقومون بإيضاح وشرح مشروعات السلطة التنفيذية والدفاع عنها أمام البرلمان .

ومن ناحية أخرى ينقلون رغبات الشعب إلى رئيس الدولة .

وبهذا يتحقق التعاون بين السلطين التشريعية والتنفيذية إلى حد يمكن معه القول بوجه عام بأن قرارات الحكومة فى النظام البرلمانى تصدر باتفاق رئيس الدولة وممثل الشعب (١) .

(١) بيردو للرجع السابق ص ٦٤٦ .

٣ - الرقابة المتبادلة بين السلطين :

قلنا فيما تقدم أن ثمة تعاون بين السلطين فى النظام البرلمانى وأنه بفضل هذا التعاون تصدر قرارات السلطة التنفيذية باتفاق رئيس الدولة وممثلى الشعب :

غير أن النظام البرلمانى لا يفرض الاتفاق بين السلطين التنفيذية والتشريعية فى كل الأحوال . أو بعبارة أخرى لا يحول دون إمكان قيام خلاف بين السلطين . وهو فى هذه الحالة (حالة الخلاف) يضع فى يد كل من السلطين من الوسائل ما يمكنها من مراقبة السلطة الأخرى .

فالوزارة فى النظام البرلمانى مسئولة عن أعمالها (وأمرها رسم سياسة الدولة) أمام البرلمان . والبرلمان أن يعترض على سياسة الوزارة حتى ولو لم تتضمن أية مخالفة لمبدأ المشروعية . وله أن يسحب الثقة منها . وفى هذه الحالة يجب على الوزارة أن تستقيل .

ومن ناحية أخرى وفى مقابل سلطة إسقاط الوزارة التى يملكها البرلمان تملك السلطة التنفيذية حتى حل البرلمان :

عناصر النظام البرلمانى

عناصر النظام البرلمانى ثلاثة نحدداه ونتكلم عن كل منها بشىء . من التفصيل فيما يلى :

العنصر الأول : رئيس الدولة . وهو فى النظام البرلمانى رئيس للدولة فقط وليس رئيساً للحكومة . ومعنى هذا أنه لا يمارس شئون الحكم بنفسه ولا يسأل عن أعماله ، وإنما يكون فى الحقيقة بمثابة حكم أعلى (١) يعمل نفوذه فى حالة الخلاف بين الوزارة والبرلمان لتحقيق المصلحة الوطنية .

ورئيس الدولة في النظام البرلماني قد يكون ملكاً وراثياً كما قد يكون رئيساً للجمهورية أى رئيساً منتخباً . ومعنى هذا أن طريقة اختيار رئيس الدولة ليس لها أهمية في النظام البرلماني وإنما المهم ان هذا الرئيس لا يمارس شئون الحكم بنفسه ولا يكون مسئولاً .

وليس معنى هذا أن رئيس الدولة ليس له أى دور في توجيه الحكم إذ الواقع ان لرئيس الدولة نفوذاً وتأثيراً في توجيه هذه الشئون . ويظهر هذا النفوذ والتأثير بصفة خاصة في حالة تعدد الأحزاب دون أن يحصل احدها في الانتخابات على الأغلبية المطلقة لاعضاء المجلس التشريعى .

ويستمد رئيس الدولة هذا النفوذ والتأثير من مصدرين :

الأول : ما يتمتع به من تقدير واحترام شخصى :

والثاني : حقه الدستورى في اختيار رئيس الوزراء وفي رئاسة مجلس الوزراء وفي الامتناع عن التوقيع على القرارات :

العنصر الثانى : الوزارة . وتعتبر حجر الأساس في النظام البرلماني .

ويمكن تحديد وضع الوزارة والوزراء في النظام البرلماني كما يلى :

١ - الوزارة هى التى تمارس شئون الحكم وتسأل عن عملها في هذا الشأن أمام البرلمان :

٢ - لا يمكن أن تستمر الوزارة في ممارسة شئون الحكم الا بالاستناد إلى ثقة البرلمان . فاذا فقدت هذه الثقة وجب عليها أن تستقيل :

٣ - يعتبر الوزراء موظفين عموميين . وهم يختارون كقاعدة عامة من بين أعضاء البرلمان (١) لكن البرلمان لا يعينهم وإنما يعينون من قبل رئيس الدولة (٢) .

(١) يجوز استثناء أن لا يكون الوزير عضواً في البرلمان .

(٢) رئيس الدولة يختار رئيس الوزراء ورئيس الوزراء يختار الوزراء ويعينهم رئيس الدولة بناء على اقتراح رئيس الوزراء .

٤ - للوزراء بوجه عام حق حضور جلسات البرلمان والاشتراك في المناقشات .
العنصر الثالث : البرلمان . ويتكون عادة من مجلسين . وذلك بقصد تحقيق التوازن بين السلطين التشريعية والتنفيذية .
فكما أن السلطة التنفيذية تتكون من رئيس الدولة والوزارة ، تتكون السلطة التشريعية أيضاً من مجلسين مجلس النواب ومجلس الشيوخ .
غير أن وجود مجلسين تشريعيين ليس شرطاً أساسياً في النظام البرلماني وللبرلمان كما سبق القول حق إسقاط الوزارة .

البحث الثاني

الصورة التقليدية للنظام الرئاسي

يتفق النظام الرئاسي مع النظام البرلماني في أنه أساساً نظام ديمقراطي
نيابي :

غير أنه فيما عدا ذلك يختلف النظامان اختلافاً جوهرياً .

فبينما يقوم النظام البرلماني على أساس التعاون والرقابة المتبادلة بين السلطين التشريعية والتنفيذية . يقوم النظام الرئاسي على العكس على أساس الفصل المطلق بين السلطين . أو بعبارة أخرى على أساس استقلال كل من السلطين بوظيفتها دون أن يقوم بينهما تعاون أو رقابة متبادلة (١)
بل إن العلاقة بينهما في صورتها التقليدية تكاد تنحصر في حق كل من السلطين في وقف عمل الأخرى في حدود معينة .

ومن هذا العرض السريع يتبين أن النظام الرئاسي يقوم على أساسين :

الأول : استقلال كل من السلطين التنفيذية والتشريعية بوظيفتها إلى حد يمكن معه القول بأن كلا من السلطين تنفرد بممارسة وظيفتها .

(١) يلاحظ أن أبرز صورة للنظام الرئاسي في الوقت الحاضر هي الصورة القائمة في الولايات المتحدة الأمريكية .

والثاني : حق كل من السلطين في تعويق سير عمل السلطة الأخرى
أو وقفه في حالات معينة .

ويمكن حصر مظاهر استقلال كل من السلطين فيما يلي :

١ - رئيس الدولة يختار بواسطة الشعب بالانتخاب وهو في نفس
الوقت رئيس الحكومة وهو الذي يتولى السلطة التنفيذية ويمارسها بمعنى
أن كل اختصاصات السلطة التنفيذية تجتمع في شخص رئيس الدولة .

٢ - على عكس الحال في النظام البرلماني تتكون السلطة التنفيذية
من عضو رئيسي واحد هو رئيس الدولة وذلك لأن الوزراء ليس لهم
في هذا النظام اختصاص مستقل يستمدونه من الدستور وإنما هم مجرد
سكرتيرين للرئيس يعينهم الرئيس ويحدد لكل منهم ما يقوم به من أعمال .

٣ - ليس الوزراء أعضاء في البرلمان وليس لهم حق حضور جلساته .

٤ - لا يشترك الرئيس مع البرلمان في ممارسة الوظيفة التشريعية .
وكل ما يمكنه عمله في هذا الشأن هو أن يوجه للبرلمان رسالة سنوية يضمنها
مقترحاته في هذا الشأن . وللبرلمان حرية الأخذ بهذه المقترحات أو عدم
الأخذ بها .

٥ - يمارس البرلمان السلطة التشريعية بأرادته وحده مستقلا عن السلطة
التنفيذية .

٦ - يعقد البرلمان ويباشر وظيفته التشريعية دون تدخل من جانب
الرئيس بمعنى أن الرئيس لا يدعو البرلمان للانعقاد ولا يحضر جلساته
ولا يؤجل هذه الجلسات .

٧ - لا يملك الرئيس حق حل البرلمان كما أن البرلمان لا يملك مساءلة
الرئيس أو إجباره هو أو وزرائه على الاستقالة .

هذا فيما يتعلق باستقلال كل من السلطين التشريعية والتنفيذية . أما فيما
يتعلق بحق كل من السلطين في تعويق أو وقف عمل الأخرى فيمكن حصر
مظاهره فيما يلي :

١ - لرئيس الدولة ورئيس الحكومة حق اعتراض توقيفي على التشريعات التي يوافق عليها البرلمان . ويزول هذا الاعتراض ويصبح القانون المعترض عليه واجب التنفيذ إذا وافق عليه المجلسان بعد ذلك بأغلبية خاصة .

٢ - موافقة مجلس الشيوخ لازمة بالنسبة لتمييع كبار الموظفين ، وبالنسبة لاقرار المعاهدات . وهذه الأعمال التي يلزم موافقة الشيوخ عليها تحدد عادة في الدستور (١) .

٣ - للبرلمان سلطات محددة فيما يتعلق بالميزانية ولجان التحقيق (٢) .

(١) من الواضح أن عدم موافقة مجلس الشيوخ يبطال عمل السلطة التنفيذية .
(٢) أثر هذه الاجراءات على عمل السلطة التنفيذية واضح .

الفصل الثاني

التظامان البرلماني والرئاسي

في مجال التطبيق

ليست النظم السياسية في حقيقتها قوالب جامدة لها حدود وأركان ثابتة، ولكنها على العكس صور حية متطورة تتأثر في مجال التطبيق بعوامل وظروف مختلفة متشعبة . ولهذا فأننا لكي ندرك حقيقة كل من النظامين البرلماني والرئاسي يجب أن لا نقف عند الصورة العامة التقليدية التي يرسمها الفقه الدستوري لكل من النظامين وإنما يجب أن ندرس بعناية تطبيقات كل من النظامين أو بعبارة أدق الصورة الحية لكل من النظامين في مجال التطبيق العملي :

ولتحقيق هذه الغاية نخصص هذا الفصل لدراسة الصورة الحقيقية للنظامين في الدولة أو الدول التي تعتبر مصدرا حقيقيا لكل من النظامين وهذه الدول هي إنجلترا وفرنسا بالنسبة للنظام البرلماني . والولايات المتحدة الأمريكية بالنسبة للنظام الرئاسي :

المبحث الأول

النظام البرلماني في إنجلترا

ما هي عناصر النظام السياسي الإنجليزي . وما هو الدور الحقيقي الذي يؤديه كل عنصر من هذه العناصر ؟ وكيف تتفاعل هذه العناصر فيما بينها . وما هو سر نجاح هذا النظام في ضمان استقرار الحكومة الإنجليزية ؟

نجيب عن كل هذه التساؤلات فيما يلي :

أولا

عناصر النظام السياسي في إنجلترا ودور كل منها في التطبيق
البرلمان - الوزارة - الملك

أولا - البرلمان :

١ - يتكون البرلمان من مجلسين . مجلس العموم ومجلس اللوردات .
ولكن السلطة الحقيقية في يد مجلس العموم .

أما مجلس اللوردات فليس له سلطة في المسائل المالية . وبالنسبة لباقي
التشريعات تنحصر سلطته في حق اعتراض توقيفي يزول إذا وافق مجلس
العموم على القانون في ثلاث مداولات تالية في بحر ستة .

٢ - لمجلس العموم حق مراقبة أعمال الوزارة . فله أصلاً حق إثارة
المسئولية الوزارية تمهيداً لاسقاط الوزارة . لكن المجلس لا يستعمل هذا
الحق عملاً بسبب النظام الحزبي القائم في إنجلترا (١) .

ولهذا فإن أداة الرقابة الحقيقية التي يستعملها مجلس العموم في التطبيق
العملي تتركز أساساً في الأسئلة العلنية . ونظر لأهمية هذا النوع من الرقابة
يقضى النظام المعمول به بتخصيص ساعة في أول كل جلسة للإجابة على
أسئلة النواب . ومن حق موجة السؤال أن يعقب على إجابة الوزير بما يراه .

ثانياً - الوزارة والوزير الأول :

١ - الوزارة هي العنصر الأساسي في الجهاز الحكومي الإنجليزي
لأنها - في الواقع - هي التي توجه الدولة والبرلمان .

والوزارة Cabinet التي تقصدها هنا لا تشمل كل الوزراء وإنما
تشمل عدداً محدوداً منهم هم الذين لهم الحق في عضوية مجلس الوزراء (٢)
ولا يتجاوز عددهم في الغالب ١٥ أو ٢٠ وزيراً .

(١) أن وجود حزبين كبيرين متعادلين في القوة لكل منهما نظام عمل دقيق يكفل تضامن
الحزب وعدم خروج أعضاء الحزب عن السياسة التي رسمها الحزب .

(٢) عدد الوزراء عادة كبير وكان في سنة ١٩٦٦ (١٠٧) ويشمل هذا العدد أشخاصاً يتولون
هناك من المناصب الكبيرة في الدولة غير رئاسة للوزارات .

ويشمل هذا العدد سكرتيري الدولة والسكرتيرين المساعدين أو السكرتيرين البرلمانين .

اختصاصات وسلطات الوزارة : يشمل هذا الاختصاص بوجه عام تحديد السياسة العامة للدولة ومراقبة السلطات الادارية واقتراح القوانين والسيطرة على الشؤون المالية .

٢ - الوزير الأول : هو الرئيس الحقيقى للدولة .

فهو الذى يعين الوزراء ويحدد من يشترك منهم فى عضوية مجلس الوزراء Cabinet ويحدد دائرة عمل كل منهم ويراقب سياسة كل منهم فى وزارته (١) . وهو الصلة الوحيدة بين الوزراء والمملك (٢) .

والوزير الأول فوق هذا كله هو الذى يملك فعلا سلطة حل مجلس العموم .

ثالثاً - الملك :

الملك فى وضعه الحقيقى رمز للدولة تركز فيه مشاعر الشعب بالولاء والانحلاص للوطن وهو يمثل عنصر الثبات والاستقرار فى النظام الانجليزى .

وإذا كانت بعض الحقوق قد تقررت باسم الملك ، الا أنه فى التطبيق العملى لا يمارس هذه الحقوق .

ويعتبر هذا الوضع تطبيقاً سليماً لمبدأ عام مسلم به فى انجلترا وهو أن الملك لا يخطئ . والنتيجة الطبيعية لذلك هى أنه لا يحكم ولا يسأل . ذلك أن الملك نظرياً يختار رئيس الوزراء (الوزير الأول) لكن الواقع انه ليس لارادته الشخصية دور فى هذا الاختيار لأن نتيجة الانتخابات هى التى تحدد الحزب الغالب . والملك يختار زعيم الأغلبية لرئاسة الوزارة . وفيما يتعلق بتعيين الوزراء يقتصر دور الملك عملاً على الموافقة على ما يقرره الوزير الأول فى هذا الشأن .

(١) يشترك الوزير الأول مع وزير الخارجية فى مباشرة السياسة الخارجية .

(٢) لا يصل أى وزير بالمملك إلا عن طريق الوزير الأول .

كذلك يعتبر التصديق على القوانين قبل نفاذها من حق الملك : غير أنه لم يعرف منذ مئات السنين أن الملك رفض التصديق على قانون أقره البرلمان . وكذلك الحال أيضاً بالنسبة لحل مجلس العموم فإن هذا الحق مقرر باسم الملك ولكنه عملاً بيد الوزير الأول : بمعنى أن صاحب السلطة عملاً . فيما يتعلق محل مجلس العموم هو الوزير الأول لا الملك . ويمكن القول بوجه عام أن الملك بحكم وضعه فوق الأحزاب وبحكم طول مدة بقائه في مركز رئاسة الدولة يتمتع باحترام الجمع ويستشير الوزير الأول في مهام الأمور لكن الأثر الذي يحدثه ذلك في شئون الدولة غير حاسم لأن رأى الملك استشاري غير قاطع (١) .

ثانياً

العلاقة بين الوزارة والبرلمان

هل يمكن القول بأن هناك توازناً حقيقياً بين الوزارة والبرلمان بمعنى أن الكفتين متعادلتان كما تقضى بذلك النظرية التقليدية للنظام البرلماني ؟

الحقيقة أن مركز الوزارة في النظام الانجليزي أقوى من مركز البرلمان وأن الوزارة هي في الواقع صاحبة اليد العليا وهي العامل المؤثر في توجيه سياسة الدولة بل أنها هي التي تقود مجلس العموم وذلك للأسباب الآتية :

١ - أن الوزارة هي التي تدعو المجلس للانعقاد وتوَجِّل جلساته وتملك حق حل المجلس .

٢ - تتمتع الوزارة في إنجلترا باستقرار أكيد ظاهر .

٣ - أن الوزارة ليست مجرد لجنة منبثقة من البرلمان تستمد سلطتها منه ولكنها في الواقع هيئة منتخبة من الشعب تستمد سلطتها ونفوذها من الشعب .

(١) الدكتور السيد صبرى : حكومة الوزراء ١٩٥٣ ص ٣٣٦ .

ذلك لأن معركة الانتخابات في إنجلترا لا تدور حول أشخاص أعضاء البرلمان ، ولكنها تدور في الحقيقة حول يرنانيين لحزبين كبيرين متنافسين يقدم كل منهما برنامجاً للناخبين ويكون لكل منهما وزارة معدة لتولى الحكم في حالة فوز الحزب في الانتخابات .

فالحزب الحاكم له وزارته التي تتولى شئون الحكم فعلاً وهي معروفة للناخبين . والحزب المعارض له أيضاً وزارة مشكلة مسبقاً ومعدة لتولى شئون الحكم في حالة فوز الحزب في الانتخابات وتكون هذه الوزارة معروفة أيضاً للشعب ويطلق عليها عادة اسم وزارة الظل Shadow Cabinet .

وعلى هذا الأساس فإن التصويت في الانتخابات يكون منصباً في الواقع على وزارة معروفة وبرنامج وزارى معروف .

وعلى هذا الأساس أيضاً تعتبر الوزارة التي تتولى الحكم عقب الانتخابات في حكم الوزارة المنتخبة من الشعب مباشرة .

حقيقة التوازن بين السلطات في النظام السياسى الانجليزى :

لا يمكن أن تعتبر الوزارة والبرلمان سلطتين متوازيتين أو متقابلتين وفقاً لمفهوم مبدأ التوازن بين السلطات المعروف في النظام البرلماني في صورته التقليدية .

وذلك لأن الوزارة تتكون في النظام السياسى الانجليزى من حزب الأغلبية في مجلس العموم . وهذه الأغلبية تقف بحكم التنظيم الحزبى في جانب الوزارة تستندها وتؤيدها ضد الحزب المعارض .

وإذا كان الأمر كذلك فما الذى يكفل توازن السلطة إذن وبحول دون تحول نظام الحكم القائم إلى نظام دكتاتوى لصالح الحزب المنتصر في الانتخابات ؟

لا شك إن الحزب المنتصر في الانتخابات هو الذى يحكم فعلاً عن طريق الوزارة التي تعتبر بمثابة هيئة أركان حرب للحزب .

ولكن ساطعة الحزب الحاكم مقيدة عملاً بوجود حزب معارض يملك قوة متعادلة مع قوة الحزب الحاكم لا من ناحية الواقع فقط ولكن من الناحية الدستورية أيضاً . ذلك لأن المعارضة في إنجلترا ليست مجرد واقع ولكنها مؤسسة سياسية لها دور ووضع رسمي معترف به . ويطلق على زعيم المعارضة اصطلاح زعيم معارضة صاحب الجلالة وله مكتب خاص بالمعارضة ويتقاضى مرتباً ويستشار في المسائل الهامة .

ثالثاً

سر نجاح النظام السيمى فى إنجلترا

قدمنا أن التوازن والرقابة المتبادلة بين الوزارة والبرلمان ليس لهما وجود حقيقى فى التطبيق فى النظام الانجليزى لأن حتى اسقاط الوزارة عن طريق سحب الثقة منها ليس مطبقاً عملاً . واستخدام حق الحل بالنسبة لمجلس العموم لا يأتى نتيجة أزمة ثقة بين الوزارة والبرلمان .

ولهذا فلا يمكن القول بأن نجاح النظام السياسى الانجليزى يرجع إلى قيام توازن بين السلطين التشريعية والتنفيذية .

وانما الحقيقة ان سر هذا النجاح يرجع إلى أمرين :

(الأول) وجود حزبين كبيرين متعادلين فى القوة تقريباً يتبادلان الحكم ولكل منهما وضع معترف به فى النظام السياسى . فالحزب الحاكم يتولى شئون الحكم متمتعاً بالسلطات الدستورية المعروفة . والحزب المعارض له مركزه الرسمى المعترف به من جانب الحكومة وله دوره فى سياسة الدولة كمستشار للحكومة فى المسائل الهامة . وقد سبق بيان ذلك .

(الثانى) أن بين الوزارة والبرلمان ارتباط وثيق فى ظل نظام حزبى دقيق . وقد ترتب على هذا الارتباط خلق وحدة بين الثقة بالوزارة وحل مجلس العموم . وجعل من المتعذر قيام أحدهما دون الآخر .

البحث الثاني

النظام البرلماني في فرنسا

عرفت فرنسا منذ سنة ١٨٧٥ إلى الآن ثلاثة دساتير . دستور سنة ١٨٧٥ (١) ودستور ٢٧ من أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، وأخيراً دستور ٤ من أكتوبر سنة ١٩٥٨ .

ولم يثر خلاف حول طبيعة النظام السياسي الذي أنشأه كل من دستور سنة ١٨٧٥ . ودستور سنة ١٩٤٦ باعتباره نظاماً برلمانياً . على عكس الدستور الثالث والأخير والمشهور باسم دستور ديغول (٢) فقد نقده كثير من فقهاء القانون الدستوري في فرنسا واعتبروا النظام الذي أقامه مخالفاً لأسس النظام البرلماني .

ونعرض فيما يلي بإيجاز عناصر النظام البرلماني في كل من دستور سنة ١٨٧٥ ودستور سنة ١٩٤٦ ثم نفرّد بعد ذلك مطلباً مستقلاً ندرس فيه النظام السياسي الذي أنشأه الدستور الفرنسي المطبق حالياً (دستور سنة ١٩٥٨) .

المطلب الأول

النظام البرلماني في دستور سنة ١٨٧٥ ودستور سنة ١٩٤٦

أولاً - البرلمان : يتكون في كل من الدستورين من مجلسين غير أن المجلسين لهما سلطة متساوية في دستور سنة ١٨٧٥ سواء من حيث اختصاصهما بالتشريع أو من حيث سلطتهما في مساءلة الوزارة .

-
- (١) هذا الدستور في حقيقته عبارة عن ثلاثة قوانين دستورية قانون ٢٤ فبراير سنة ١٨٧٥ وهو خاص بتنظيم مجلس الشيوخ ، وقانون ١٦ يولية سنة ١٨٧٥ وهو خاص بتنظيم السلطات وقانون ١٦ يولية سنة ١٨٧٥ وهو خاص بتنظيم علاقات السلطة العامة .
- (٢) نسبة إلى الرئيس الفرنسي شارل ديغول الذي تولى رئاسة الجمهورية في ظل أحكام هذا الدستور .

أما في دستور سنة ١٩٤٦ فقد أصبحت السلطة التشريعية وسلطة مساءلة الوزارة بيد الجمعية الوطنية وحدها دون مجلس الجمهورية الذي اقتصرت سلطته على الاشتراك في التشريع برأى استشاري .

ثانياً - رئيس الجمهورية والوزراء : اختصاصات السلطة التنفيذية تمارسها الوزارة فعلا في الدستورين . وليس لرئيس الجمهورية سلطة فعلية :

ثالثاً - تنظيم العلاقة بين الوزارة والبرلمان :

في ظل دستور سنة ١٨٧٥ الوزارة مسئولة أمام المجلسين وحق إسقاط الوزارة بسحب الثقة منها مقرر للمجلسين . أما حق رئيس الجمهورية في حل مجلس النواب فلم يستعمل وسقط بعدم الاستعمال . وفي ظل هذا الدستور أيضاً كانت سلطة البرلمان أقوى كثيراً من سلطة الوزارة . وقويت تبعاً لذلك سلطة اللجان البرلمانية ونفوذها إزاء مشروعات الحكومة وأصبحت سلطة الحكم وسيادة الأمة بيد البرلمان وترتب على هذا كله نتيجة خطيرة هي عدم استقرار الوزارات في الحكم (١) .

ولم يتغير الوضع من هاتين الناحيتين في ظل دستور سنة ١٩٤٦ . وذلك لأن هذا الدستور الأخير ثبت السيادة للبرلمان كما كان الحال في ظل دستور سنة ١٨٧٥ (٢) .

وإذا كان هذا الدستور قد تضمن أحكاماً جديدة قصد بها علاج عدم استقرار الوزارات والحيلولة دون أساءة استعمال حق

(١) في المدة من ١٨٨٦-١٨٨٩ تماقت على الحكم ٦ وزارات وفي المدة من ١٨٩٩-١٩١٤ كان متوسط مدة بقاء الوزارة في الحكم لا يتجاوز ٣ سنوات .

(٢) نصت المادة الثالثة من دستور سنة ١٩٤٦ على أن الشعب يمارس سلطاته عن طريق الجمعية الوطنية .

الحل (١) فقد قُضيت كل هذه الأحكام في تحقيق العلاج وظل الحال على ما كان عليه (٢) .

المطلب الثاني

النظام البرلماني في دستور سنة ١٩٥٨

يتميز النظام السياسي الذي أنشأه دستور سنة ١٩٥٨ بأنه وإن كان قد احتفظ بالأساس البرلماني لنظام الحكم وهو حق السلطة التنفيذية في حل البرلمان ، وحق البرلمان في إسقاط الحكومة (رقابة متبادلة بين السلطتين) إلا أنه يتضمن مع ذلك أحكاماً جديدة خرج بها عن الصورة التقليدية للنظام البرلماني خصوصاً فيما يتعلق بالسلطات الواسعة التي قررها الدستور لرئيس الدولة وعدم الجمع بين تولي منصب الوزارة وعضوية البرلمان . ونعرض فيما يلي صورة واضحة لهذا النظام :

- ١ -

السلطة التنفيذية

تتكون هذه السلطة من رئيس الدولة والحكومة

١ - رئيس الدولة : يختار رئيس الجمهورية وفقاً للتعديل الذي أدخل على الدستور سنة ١٩٦٢ بواسطة الشعب بالانتخاب العام المباشر :

(١) نص دستور سنة ١٩٤٦ على أن إثارة الثقة بالوزارة يكون من حق الجمعية الوطنية وحدها دون مجلس الجمهورية (مجلس الشيوخ) وأنه لا يجوز التصويت على الثقة بالوزارة إلا بعد يوم كامل من طرح الثقة وأن قرار عدم الثقة لا ينتج أثره إلا إذا صدر من الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس . ونص كذلك على أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية أن يعزل المجلس إلا بناء على طلب رئيس الوزراء وبعد أخذ رأي رئيس المجلس . ولا يجوز حل المجلس قبل انقضاء ١٨ شهراً من بدء عمله وبعد أزميتين وزاريتين .

(٢) في مدى ١٢ سنة تعاقبت على الحكم (٢٠) عشرين وزارة في ظل دستور سنة ١٩٤٦ .

وقد منح هذا التعديل رئيس الجمهورية قوة لم تكن متوافرة له في النص الأصلي الذي كان يحمل اختياره بالانتخاب بواسطة المجلسين التشريعيين .

ومدة الرئاسة ٧ سنوات قابلة للتجديد بدون قيد :

وفوق هذا قرر الدستور لرئيس الجمهورية سلطات واختصاصات واسعة يمارسها بنفسه وقرر في نفس الوقت انه غير مسئول عن أعماله فيما عدا حالة الخيانة العظمى .

وتشمل اختصاصات رئيس الجمهورية :

تعيين الوزير الأول (١) (رئيس الوزراء) - تعيين الوزراء وحزبهم بناءً على اقتراح الوزير الأول - استفتاء الشعب بناءً على اقتراح من الحكومة أو من أحد المجلسين - حل الجمعية الوطنية (مجلس النواب) - إحالة تشريعات القوانين التي يقرها البرلمان إلى المجلس الدستوري .

وطبقاً لنص المادة ١٦ من الدستور يملك رئيس الجمهورية علاوة على ما تقدم حتى مباشرة وظائف السلطات العامة في البتة من تشريعية وتنفيذية في حالة قيام خطر جسيم وحال يهدد أنظمة الجمهورية أو استقلال الوطن وسلامة أراضيها بحيث ينقطع السير المنظم للسلطات العامة الدستورية :

والنص كما هو ظاهر يخول رئيس الجمهورية حق الحلول محل السلطين التشريعية والتنفيذية في الظروف الاستثنائية المشار إليها واتخاذ كافة الاجراءات التي تستلزمها الحالة . وقد اشترط النص لاستعمال هذا الحق أخذ رأي الحكومة ورأيي المجلسين التشريعيين والمجلس الدستوري وإحاطة الأمة علماً بذلك واجتماع البرلمان فوراً بقوة القانون وعدم جواز حل الجمعية الوطنية في فترة مباشرة السلطات الاستثنائية .

٢ - الحكومة : وتتألف من الوزير الأول والوزراء ونواب الوزراء . ويرأس رئيس الجمهورية مجلس الوزراء ويجوز تفويض الوزير الأول في رئاسة المجلس .

ويشمل اختصاص الحكومة اقتراح القوانين ورسم السياسة العامة للدولة وتولى شئون الإدارة والقوات المسلحة .

(١) لكنه لا يملك عزله إلا إذا قدم رئيس الوزراء استقالته .

السلطة التشريعية

تتكون السلطة التشريعية من مجلسين :

- ١ - الجمعية الوطنية ويختار أعضاؤها بالانتخاب العام المباشر .
- ٢ - مجلس الشيوخ ويختار أعضاؤه بالانتخاب غير المباشر .

وأهم ما يلاحظ هنا بالنسبة للسلطة التشريعية أن الدستور انتقص من اختصاصها في التشريع بشكل ظاهر . وذلك بأن حدد على سبيل الحصر المسائل التي يكون تنظيمها بقانون أى بتشريع يصدر عن السلطة التشريعية وفيما عدا ذلك أطلق حرية السلطة التنفيذية في تنظيم حياة المجتمع بلوائح تصدرها في هذا الشأن .

كذلك انتقص الدستور من سلطة المجلسين التشريعيين من عدة نواح أخرى نذكر منها على سبيل المثال أنه حدد عدد اللجان البرلمانية الدائمة وجعل الأصل فيما يتعلق بتشكيل اللجان البرلمانية أن تشكل لجنة خاصة لكل قانون بناء على طلب الحكومة أو المجلسين التشريعيين وقيد حق السلطة التشريعية فيما يتعلق بتعديل الميزانية وإقرارها (م ٤٠ من الدستور) كما قيد سلطاتها فيما يتعلق بوضع اللائحة الداخلية وذلك بالنص على عرض اللائحة الداخلية لكل مجلس على المجلس الدستوري قبل تنفيذها .

غير أن السلطة التشريعية ممثلة في المجلسين لا تزال مع ذلك مختصة بالتشريع ومراقبة الحكومة ومساءلتها برغم انتقاص سلطاتها .

فلمجلسين حق توجيه أسئلة شفوية وتحريرية للحكومة بل إن المادة ٤٨ فقرة ٢ من الدستور تنص صراحة على تخصيص جلسة كل أسبوع للإجابة على الأسئلة الشفوية من جانب الحكومة .

ووفقاً للنظام البرلماني السليم تعرض الوزارة عند تأليفها سياستها على الجمعية الوطنية للحصول على ثقة المجلس .

ومن حق الجمعية الوطنية أن تطرح الثقة بالوزارة وتستقها بسحب الثقة منها .

غير أن الدستور أحاط مع ذلك استعمال هذا الحق بعدة شروط بقصد الحيلولة دون إساءة استعماله (١) :

— ٣ —

طبيعة النظام السياسي الفرنسي

الذي أنشأه دستور سنة ١٩٥٨

إذا استحضرنا في أذهاننا الصورة التقليدية للنظام البرلماني وتذكرنا أن عناصر هذا النظام ثلاثة وهي برلمان ينتخب من الشعب ورئيس دولة غير مسئول لا يمارس سلطة فعلية ، ووزارة مسئولة أمام البرلمان تمارس السلطة فعلا . وتذكرنا في نفس الوقت أن أركان هذا النظام ثلاثة توازن ، وتعاون ، ورقابة متبادلة بين السلطين التشريعية والتنفيذية :

إذا تذكرنا ذلك كله والقينا — وفي ذاكرتنا هذه الصورة الواضحة المعالم للنظام البرلماني — نظرة فاحصة على النظام السياسي الفرنسي الذي أنشأه دستور سنة ١٩٥٨ فانه يصبح من المتعين القول بأن هذا النظام السياسي ليس نظاماً برلمانياً بالمعنى الذي أراده أولئك الذين رسموا لنا الصورة التقليدية للنظام البرلماني . وذلك لسببين :

الأول — أن رئيس الدولة في النظام السياسي الفرنسي الحالي غير مسئول عن أعماله وهو في نفس الوقت يملك ويمارس سلطات واختصاصات واسعة ليس لها أصل ولا مقابل في الصورة التقليدية للنظام البرلماني .

الثاني — إن الاختصاصات والسلطات الواسعة التي تملكها السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية والوزارة وما أحدثه الدستور — من ناحية

(١) يشترط الدستور أن يقدم طلب طرح الثقة من $\frac{1}{5}$ عدد أعضاء الجمعية الوطنية على الأقل وأن يصدر القرار بسحب الثقة من الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء الجمعية الوطنية .

أخرى - من أضعاف السلطة التشريعية والانتقاص من اختصاصها إلى الحد الذى عرفناه . كل ذلك يجعل من غير المقبول القول بوجود توازن ورقابة متبادلة بين السلطين بممناهما الحد فى الصورة التقليدية للنظام البرلمانى .

لكن هذا لا ينفى وجود عناصر برلمانية أساسية فى هذا النظام تخلص فيما يلى :

١ - ان كلا من السلطين التشريعية والتنفيذية لها اختصاص تنفرد بمباشرته دون أن تخضع فى ذلك لسيطرة الأخرى :

٢ - ان السلطة التشريعية لها حق مراقبة ومساءلة السلطة التنفيذية ممثلة فى الحكومة . واستطاعت عند اللزوم : كما أن السلطة التنفيذية (ممثلة فى رئيس الجمهورية) لها حق حل الجمعية الوطنية :

٣ - انه يمكن فى ظل هذا النظام تحميل الحكومة مسئولية أعمال رئيس الجمهورية أمام السلطة التشريعية بالرغم من أن الدستور يقرر صراحة عدم مسئولية رئيس الجمهورية :

وفى ضوء ما تقدم كله يمكن القول بأن النظام السيامى الفرنسى الحالى صورة متطورة للنظام البرلمانى أملتأ ظروف البلاد قصد بها علاج عيوب النظام البرلمانى الفرنسى السابق : ويمكن تحديد هذه الصورة بأنها برلمانية مطعمة بعنصر رئاسى :

ومن واجب كل منصف أن يقرر أن هذا النظام عالج فعلا عيوب النظامين السابقين وحقق لفرنسا مزايا لا يمكن إنكارها .

ومع ذلك فاننا نرى أن الفقهاء الذين انتقدوا السلطات الواسعة التى قررها الدستور لرئيس الجمهورية وذهبوا فى تقديمهم إلى حد القول بأن النظام تحول إلى ملكية منتخبة،

هؤلاء الفقهاء محقون في تقديمهم في نظرنا من ناحية واحدة هي ما قرره الدستور من اباحة تجديد انتخاب الرئيس أكثر من مرة بدون تجديد .

أما النقد الذي يستند إلى مجرد مخالفة هذا النظام للصورة التقليدية للنظام البرلماني فانه لا يمكن أن يؤثر على سلامة النظام في ذاته . لأن النظم السياسية ليست قوالب جامدة ترسم وتحدد . وإنما يجب أن تكون من المرونة بحيث يمكن أن تتطور وتتكيف بما يلائم ظروف الزمان وأحوال المجتمع . وقد عرفنا من دراستنا السابقة كيف تطور النظام البرلماني في إنجلترا واتخذ لنفسه في التطبيق صورة تختلف عن الصورة التقليدية المعروفة . وكان في هذا الاختلاف مس نجاحه .

المبحث الثالث

النظام الرئاسي (١) في الولايات المتحدة الأمريكية

يقوم النظام السياسي للولايات المتحدة الأمريكية كما رسمه الدستور على أساس انفراد كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية بوظيفتها واستقلال كل من السلطتين عن الأخرى .

غير أنه يرد على هذا الاستقلال والانفصال بين السلطتين استثناءان :
الأول استثناء مقرر بنص الدستور في حالات قليلة :

والثاني استثناء انشأه التطبيق العملي بدون نص :

ونبين ذلك كله فيما يلي :

(١) يلاحظ أن وصف النظام بأنه رئاسي لا يرجع إلى أن سلطة الرئيس هي الراجعة وأنه لهذا ينسب النظام الرئيس ولكنه يرجع فقط إلى أن الرئيس في هذا النظام يحكم فلا يمكن الحلال في النظام البرلماني حيث لا يملك الرئيس سلطة الحكم .

السلطة التنفيذية

تكوينها ومظاهر استقلالها

١ - رئيس الولايات المتحدة هو رئيس الدولة ورئيس الحكومة ورئيس الادارة وهو الذى يتولى السلطة التنفيذية ويمارسها فعلا بحكم الدستور . ومعنى هذا أنه هو وحده صاحب الحق فى ممارسة كل اختصاصات السلطة التنفيذية أى اختصاصات الحكومة والادارة معاً .

٢ - يختار الرئيس بواسطة الشعب بطريق الانتخاب غير المباشرة (انتخاب على درجتين) لمدة ٤ سنوات ولا يجوز أن ينتخب لأكثر من مدتين .

٣ - الوزراء هم مجرد سكرتيرين للرئيس وليس لهم اختصاص يستعملونه من الدستور وإنما يباشرون العمل الذى يعهد اليهم به رئيس الجمهورية .

٤ - رئيس الجمهورية هو الذى يعين الوزراء ويعزلهم .

٥ - ليس لرئيس الجمهورية أن يتدخل فى عمل السلطة التشريعية .

فهو لا يدعو البرلمان (الكونجرس) للانعقاد ولا يؤجل اجتماعه ولا يحله ولا يقترح القوانين .

كذلك لا يحضر رئيس الجمهورية لا هو ولا وزرائه جلسات البرلمان ولا يجوز أن يكون الوزراء أعضاء فى البرلمان ولا أن يشتركوا فى جلساته .

السلطة التشريعية

تكوينها ومظاهر استقلالها

١ - تتكون السلطة التشريعية من مجلسين : مجلس النواب ويتكون من ٤٣٥ عضواً يمثلون الشعب فى مختلف الولايات بنسبة عدد السكان .

ومجلس الشيوخ ويتكون من عدد من الأعضاء يمثلون الولايات بواقع عضوين عن كل ولاية .

وسلطات المجلسين متساوية ، ولكن مدة العضوية مختلفة فمدة عضوية النواب سنتان ومدة عضوية الشيوخ ٦ سنوات مع تجديد انتخاب ثلث المجلس (الشيوخ) كل سنتين .

٢ - ليس للبرلمان حق التدخل في أعمال السلطة التنفيذية وليس الرئيس أو وزرائه مسؤولين أمام البرلمان . فليس للبرلمان أن يوجه أسئلة أو استجوابات للرئيس أو للوزراء وليس له كذلك حق عزل الرئيس أو الوزراء .

٣ -

استثناءات من مبدأ الاستقلال

والانفصال بنص الدستور .

(أولاً) لرئيس الجمهورية :

- ١ - حق دعوة البرلمان للانعقاد في دورات غير عادية .
 - ٢ - حق اعتراض توقيفي على القوانين التي يوافق عليها البرلمان يزول إذا وافق المجلس على القانون مرة ثانية بأغلبية الثلثين .
 - ٣ - حق توجيه رسالة إلى البرلمان يعان فيها مقترحاته في شأن التشريعات المطلوبة دون أن يقدم مشروعات قوانين محددة .
 - ٤ - مكتب الميزانية التابع للرئيس يعد ميزانية الدولة التي تقدم سنوياً للبرلمان .
- (ثانياً) يشترك مجلس الشيوخ في بعض أعمال السلطة التنفيذية على الوجه الآتي :

١ - موافقة مجلس الشيوخ لازمة في تعيين الوزراء وكبار الموظفين مع ملاحظة ان العرف جرى على أن المجلس يوافق على تعيين الوزراء باستمرار بدون اعتراض وكذلك الحال بوجه عام بالنسبة للموظفين .

٢ - موافقة مجلس الشيوخ لازمة كذلك لامكان تنفيذ المعاهدات التي يعقدها الرئيس .

٣ - نائب رئيس الجمهورية هو رئيس مجلس الشيوخ وله صوت مرجح عند تعادل الأصوات .

— ٤ —

اتصال بين السلطتين

في التطبيق العملي

يرجع السبب في نجاح النظام السياسي الأمريكي برغم استقلال بل وانفصال كل من السلطتين على النحو السابق ذكره إلى أن هناك اتصالاً حقيقياً بين السلطتين في مجال العمل وأن كلا من السلطتين يؤثر ويتأثر بالأخرى وذلك عن طريقين :

الطريق الأول - اللجان البرلمانية : ففي داخل هذه اللجان يجتمع الوزراء باعضاء هذه اللجان ويشتركون فعلاً في العمل التشريعي الذي تقوم به هذه اللجان .

كذلك يمارس البرلمان نوعاً من الضغط على السلطة التنفيذية عن طريق لجان التحقيق البرلمانية وعن طريق سلطته في إقرار الاعتمادات المالية اللازمة لنشاط السلطة التنفيذية .

الطريق الثاني : التنظيم الحزبي : ذلك لأنه يوجد في أمريكا حزبان فقط يتبادلان تقريباً في القوة ودقة التنظيم .

والرئيس الذى يتولى السلطة التنفيذية يكون فى الغالب زعيم الحزب
المنتصر فى الانتخابات .

وغالباً ما تكون أغلبية البرلمان من نفس الحزب الذى يتزعمه رئيس
الجمهورية .

وفى هذه الحالة يكون الحزب أداة اتصال قوية وفعالة بين السلطين
الشريعية والتنفيذية . وعن طريق الحزب يقوم تعاون فعلى بين السلطين
يكفل للنظام السياسى الاستقرار والنجاح .

الفصل الثالث

النظامان البرلماني والرئاسي في دساتير الدول العربية (١)

سبق القول بأن النظامين البرلماني والرئاسي هما أصلاً نظامان نيابيان وانهما في حقيقةهما صورتان مختلفتان لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات . ومن هذا يتبين انه لا يمكن أن يوجد نظام برلماني أو نظام رئاسي الا في ظل نظام نيابي يقوم على أساس فصل السلطات .

وعلى هذا الأساس نقصر دراستنا في هذا الفصل على نوعين من الدساتير العربية السابق الاشارة اليهما في دراستنا السابقة وهما :

(أولاً) دستور مصر الصادر في سنة ١٩٢٣ ، والقانون الأساسي العراقي الصادر سنة ١٩٢٥ بوصفهما دستورين برلمانيين .

(ثانياً) دستور جمهورية مصر الصادر سنة ١٩٥٦ والاعلان الصادر في ٢٤ مارس ١٩٦٤ والمعدل به حالياً في الجمهورية العربية المتحدة (٢)، وذلك بوصفهما يمثلان صورتين متطورتين لنظامي الحكم البرلماني والرئاسي (٣) .

البحث الأول

النظام البرلماني

في دستور سنة ١٩٢٣ المصري

وفي القانون الأساسي العراقي سنة ١٩٢٥

لايكاد يوجد اختلاف جوهري بين النظام السياسي الذي أنشأه دستور سنة ١٩٢٣ في مصر والنظام السياسي الذي أنشأه القانون الأساسي

(١) نظراً للظروف الخاصة التي أوجبت اعداد المقرر وتدرسه في فترة محدودة نقصر دراستنا على دساتير الجمهورية العربية المتحدة والجمهورية العراقية .

(٢) سبقت الاشارة الى أن هذا البحث هو عبارة عن الدروس التي ألقيت على طلبة الماجستير بمجلة بغداد سنة ١٩٦٨-١٩٦٩ .

(٣) يلاحظ أن الدساتير المؤقتة في الجمهورية العراقية لاتطبق مبدأ لفصل بين السلطات .

العراق سنة ١٩٢٥ فالنظامان سواء في مصر أو في العراق نظامان برلمانيان
كاملان أنشأ هما دستور كل من الدولتين في الصورة التقليدية المعروفة
(والتي سبق تحديدها) للنظام البرلماني :

ولم يقف التشابه عند الصورة التي رسمها الدستوران للنظام السيماسي
البرلماني في مصر والعراق ، ولكنه امتد فتناول مصير النظام في التطبيق
في كل من البلدين :

ولهذا لم نر ما يدعو لدراسة كل من النظامين المصري والعراقي على حدة
وفضلنا أن نتكلم عن النظام البرلماني وتطبيقاته في الدولتين في وقت واحد :

المطلب الأول

النظام البرلماني في النصوص الدستورية

في كل من مصر والعراق

عناصر النظام البرلماني معروفة وهي رئيس دولة غير مسئول ، ووزارة
مسئولة أمام البرلمان ، وبرلمان له سلطة مساءلة الوزارة ، وعلاقة بين
السلطتين التنفيذية والتشريعية تقوم على أساس التعاون والرقابة المتبادلة .

ونتكلم عن هذه العناصر ، وعن تنظيم العلاقة بين السلطتين التنفيذية
والتشريعية فيما يلي :

أولا - الملك والوزراء

الملك رئيس دولة غير مسئول في الدستور المصري وفي القانون الأساسي
العراقي ، والوزارة في النظامين هي التي تتولى ممارسة السلطة التنفيذية
وتتحمل مسؤولية أعمالها أمام البرلمان .

وهذه الأحكام مقررّة بنصوص صريحة في النعوتين :

فالمادة ٢٩ من الدستور المصرى تنص على أن السلطة التنفيذية يتولاها الملك فى حدود هذا الدستور .

والمادة ٥٧ تنص على ان مجلس الوزراء هو المهيمن على مصالح الدولة .

والمادة ٦٠ تنص على أن توقعات الملك فى شئون الدولة يجب لنفاذها أن يوقع عليها رئيس مجلس الوزراء والوزراء المختصون .

والمادة ٦٢ تنص على أن أوامر الملك شفعية أو كتابية لا تخلى الوزراء من المسئولية بحال .

وتنص المادة ٣٣ على عدم مسئولية الملك .

وتقرر المواد ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ من القانون الأساسى العراقى أحكاماً تقابل الأحكام الواردة فى الدستور المصرى .

فالمادة ٢٥ تنص على عدم مسئولية الملك .

والمادة ٢٦ تنص على أن الملك رأس الدولة الأعلى وهو الذى يصدق القوانين ويأمر بنشرها ويراقب تنفيذها ويأمر بوضع الأنظمة لأجل تطبيق أحكام القوانين ضمن ما هو مصرح به فيها .

والمادة ٢٧ تنص على أن الملك يستعمل سلطته بإرادات ملكية تصدر بناء على اقتراح الوزير أو الوزراء المسئولين وبموافقة رئيس الوزراء ويوقع عليها من قبلهم .

والمادة ٦٥ تنص على أن مجلس الوزراء هو القائم بإدارة شئون الدولة .

والمادة ٦٦ تنص على مسئولية الوزراء متضامنين ومنفردين أمام مجلس النواب .

اختصاصات شخصية للملك :

تنص المادة ٤٩ من الدستور المصرى على أن الملك يعين وزراءه ويقيهم . وتنص المادة ٢٦ من القانون الأساسى العراقى على أن الملك يختار رئيس الوزراء وله أن يقيله. كما أن للملك فى الدستورين حق حل مجلس النواب طبقاً لنص المادة ٢٦ من القانون الأساسى العراقى والمادة ٣٨ من الدستور المصرى .

ويرى الفقه الدستورى فى مصر أن تعيين رئيس الوزراء وإقالة الوزارة وحل مجلس النواب حقوق شخصية للملك بمعنى أنه يصدر فى شأنها أوامر ملكية لا مراسيم يوقع عليها معه رئيس الوزراء والوزراء المختصون .

غير انه يجب أن يلاحظ أن تصرف الملك فى هذه الشئون تحكمه الأوضاع البرلمانية المقررة فى الدستور .

فبالنسبة لتعيين رئيس الوزراء والوزراء لابد من موافقة البرلمان على الثقة بالوزارة لأنها إذا لم تحز على ثقة مجلس النواب وجب عليها أن تستقيل طبقاً لأحكام الدستور .

وكذلك الحال بالنسبة لإقالة الوزارة . فانه تطبيقاً لحكم الدستور يجب أن تحصل الوزارة التى تشكل بعد ذلك على ثقة مجلس النواب . فإذا أقال الملك وزارة حائزة على ثقة مجلس النواب ورفض مجلس النواب منح ثقته لأى وزارة أخرى بعدها فإن إقالة الوزارة الأولى لا تنتج أثرها الا إذا شكلت وزارة جديدة محل مجلس النواب وتجرى انتخابات جديدة. وبهذا نص للحق الشخصى الثالث وهو حق حل مجلس النواب حلاً رئاسياً.

حل مجلس النواب حلاً رئاسياً : يقصد بذلك أن الملك يمكنه أن يعمل لإرادته الشخصية فى حل مجلس النواب عن طريق إقالة الوزارة الحائزة على ثقة المجلس وتعيين وزارة جديدة تنفذ إرادته فى حل المجلس .

ولكن مثل هذا الاجراء يخضع فى النهاية لإرادة الشعب التى تظهر فى الانتخابات التى تجرى عقب حل المجلس .

وفي اعتقادنا أن نصوص القانون الأساسي العراقي تؤدي لنفس النتيجة
التي أشار إليها الفقه بالنسبة للستور المصري :

ثانيا

البرلمان

يتكون البرلمان في كل من النظامين من مجلسين . مجلس يتكون
بالانتخاب هو مجلس النواب ،

ومجلس آخر هو مجلس الأعيان في العراق ويتكون من أعضاء يعينهم
الملك لا يتجاوز عددهم ربع عدد أعضاء مجلس النواب وهو في مصر
مجلس الشيوخ ويتكون من عدد من الأعضاء ثلاثة أضعافهم يختارون
بالانتخاب ، والخمسان يعينهم الملك :

وللمجلسين في الدستور المصري سلطات كاملة متساوية في التشريعات
العادية والمالية على السواء :

ويستثنى من ذلك اقتراح إنشاء الضرائب أو زيادتها فانه من حق
الملك ومجلس النواب فقط دون مجلس الشيوخ .

أما في القانون الأساسي العراقي فانه يلاحظ أن سلطة المجلسين مقيدة
في الشؤون المالية :

ذلك لأن المادة ١٠٥ من هذا القانون (الأساسي) تنص على أنه ولا يجوز
عرض لأئحة قانونية أو ابداء اقتراح على احد المجلسين بما يوجب صرف
شيء من الواردات العمومية الا من قبل أحد الوزراء :

ثالثا

العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية

تلخص الأحكام التي قررها الستور المصري والقانون الأساسي
العراقي في هذا الشأن فيما يلي :

أولا تعاون السلطتين : تتلخص مظاهر الاشتراك والتعاون
بين السلطتين فيما يلي :

١ - اقتراح القوانين : طبقاً لنص المادة ٢٨ من الدستور المصرى للملك وللبرلمان بمجلسيه حق اقتراح القوانين . غير أن حق اقتراح انشاء ضرائب أو زيادتها من حق الملك ومجلس النواب فقط دون مجلس الشيوخ .

ويبدو ان الوضع بالنسبة لحق الاقتراح فى القانون الأساسى العراقى يخالف ما هو مقرر فى الدستور المصرى لأن المادة ١٠٥ من هذا القانون لا تجزى عرض لائحة قانونية أو ابداء اقتراح لاحد المجلسين بما يوجب صرف شىء من الواردات العمومية الا من قبل أحد الوزراء .

وفى عدا هذا الاستثناء تجزى المادة ٤٥ من نفس القانون لكل عضو من أعضاء مجلس النواب أن يقترح وضع لائحة قانونية بشرط أن يؤيده عشرة من زملائه .

٢ - التصديق على القوانين : طبقاً لنصوص المواد ٢٥ ، ٣٤ ، ٣٦ من الدستور المصرى للملك حق التصديق على القوانين . وهذا معناه ان الملك يشترك مع البرلمان فى التشريع عن طريق التصديق على القوانين فى الدستور المصرى .

والتصديق على القوانين فى الدستور المصرى هو فى حقيقته مجرد حق اعتراض توفيقى لأنه طبقاً لنص المادة ٣٦ إذا أعاد الملك القانون إلى البرلمان بدون تصديق وأقره البرلمان بموافقة ثلثى الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين صار له حكم القانون وأصدر . فإذا لم تتوافر أغلبية الثلثين وعاد البرلمان إلى نظر القانون وأقره فى دور انعقاد آخر بالأغلبية المطلقة صار له حكم القانون وأصدر .

وواضح من هذا النص ان الملك لا يملك تعطيل القانون نهائياً بالامتناع عن التصديق عليه .

وقد نص القانون الأساسى العراقى على حق التصديق على القوانين من جانب الملك فى المادة ٦٢ فقرة ٣ . ويبدو ان حكم التصديق فى هذا النص يختلف عن حكمه فى المادة المتابلة فى الدستور المصرى . لأن النص

العراقي تكلم عن حق الملك في التصديق على القانون أو اعادته مع بيان أسباب الاعادة ، ورتب على عدم إعادة القانون في الميعاد الذي حدده النص (وهو ثلاثة أشهر أو خمسة عشر يوماً في حالة الاستعجال) رتب النص على عدم إعادة القانون في هذا الميعاد نتيجة محددة واضحة وهي أن القانون يعتبر مصدقاً عليه . أما في حالة إعادة القانون في الميعاد المنصوص عليه فقد سكّت النص عن تحديد النتيجة التي تترتب على ذلك . ويفهم من ذلك أن القانون لا ينفذ في هذه الحالة لعدم تصديق الملك عليه .

٣ - اصدار القوانين : طبقاً لنص المادتين ٢٥ ، ٢٦ من الدستور المصري لا تكون القوانين نافذة الا باصدارها من جانب الملك . والاصدار كما هو معروف اجراء يقصد به تنبيه رجال السلطة التنفيذية الى أن القانون قد استوفى اجراءاته الدستورية وانه يجب عليهم تنفيذه . ويستفاد الاصدار من نشر القانون في الجريدة الرسمية .

وتقرر المادة ٢٦ من القانون الأساسي العراقي نفس الحكم فيما يتعلق باصدار القوانين مع اختلاف في الصيغة (١) .

٤ - حق البرلمان في نظر الميزانية ومناقشتها واعتمادها بقانون : هذا الحق مقرر لمجلسي البرلمان في الدستور المصري بمقتضى المواد ١٣٨ ، ١٤٥ ، ١٦٦ .

وفد نص القانون الأساسي العراقي على نفس الأحكام في المواد ١٩ - ١٠١

٥ - وفقاً لصرح نص القانون الأساسي العراقي يشترط أن يكون الوزراء أعضاء في أحد المجلسين (م ٦٤) . أما الدستور المصري فلا يجعل ذلك شرطاً ، لكن العرف جرى على أن يكونوا أعضاء في أحد المجلسين ولكل وزير حق الكلام في المجلسين ولو لم يكن عضواً ، وله حق التصويت مع باقي الأعضاء في المجلس الذي يكون عضواً فيه .

(١) تنص هذه المادة على ما يأتي :

« الملك رأس الدولة الأعلى وهو الذي يصدر القوانين ويأمر بنشرها ويراقب تنفيذها .. »

(م ٦١ ، ٦٤ من القانون الأساسي العراقي والمادة ٦٣ من الدستور المصري) :

ثانياً الرقابة المتبادلة بين السلطتين : تلخص مظاهر الرقابة المتبادلة بين السلطتين في الدستور المصري والقانون الأساسي العراقي فيما يلي :

١ - مظاهر الرقابة على السلطة التشريعية من جانب السلطة التنفيذية :

(أ) الملك يدعو البرلمان إلى الانعقاد ويفض الدورة (م ٩٦ ، ٤٠ من الدستور المصري ، م ٢٦ من القانون الأساسي العراقي).

(ب) للملك تأجيل انعقاد البرلمان (م ٣٩ من الدستور المصري ، م ٢٦ من القانون الأساسي العراقي) . وقد قيد النص المصري حق التأجيل بقيد هام وهو أن لا يزيد على ميعاد شهر وان لا يتكرر في دور الانعقاد الواحد بدون موافقة المجلسين .

(ج) للملك حق حل مجلس النواب طبقاً لصرح نص المادة ٣٨ من الدستور المصري ونص المادة ٢٦ فقرة ٢ من القانون الأساسي العراقي .

وقد قيد النص المصري هذا الحق بقيدتين . الأول أنه لا يجوز حل المجلس مرتين لسبب واحد (م ٨٨) . والثاني أن الأمر الصادر بحل المجلس يجب أن يشتمل على دعوة الناخبين لاجراء انتخابات جديدة في ميعاد لا يتجاوز الشهرين وعلى تحديد ميعاد الاجتماع المجلس الجديد في العشرة الأيام التالية لتقام الانتخابات ، ونص على ضمانات مماثلة ضد اساءة استعمال حق الحل في المادة ٤٠ من القانون الأساسي العراقي .

٢ - مظاهر الرقابة على السلطة التنفيذية من جانب السلطة التشريعية :

(أ) لأعضاء البرلمان (في المجلسين) حق توجيه أسئلة واستجابات للوزارة مجتمعة أو لوزير بعينه (١) (م ١٠٧ ، ١٠٨ من الدستور المصري و م ٥٤ من القانون الأساسي العراقي) .

(١) يلاحظ أن النص العراقي لم يستعمل الاصطلاح الدستوري (استجواب) ولكنه استعمل اصطلاح (استيضاحات) بدلا من استجواب .

ويقصد بالسؤال مجرد استفسار عن أمر ، أما الاستجواب فيحمل معنى المزاخلة ، والسؤال يكون أمره محصوراً بين موجه السؤال ومن يوجه له السؤال . أما الاستجواب فيفتح المناقشة في موضوعه . ولاعضاء المجلس حق الاشراف في المناقشة . وينتهي الاستجواب بقرار من المجلس .

(ب) لمجلس النواب فقط حق اثاره المسئولية الوزارية ضد الوزارة كلها أو ضد وزير بعينه . وفي حالة سحب الثقة من الوزارة أو من وزير بعينه تصبح استقالة الوزارة أو الوزير واجبة .

(م ٦١ ، ٦٥ ، ١٠٧ ، ١٠٨ من الدستور المصري ، م ٦٦ من القانون الأساسي العراقي) .

ويلاحظ انه لم يشترط توافر أغلبية خاصة لسحب الثقة في أى من الدستورين . غير أن الدستور العراقي نص على تأجيل تصويت عدم الثقة مرة واحدة لمدة ثمانية أيام إذا طلب ذلك رئيس الوزارة أو الوزير المختص واشترط عدم حل المجلس في هذه المدة (م ٦٦) ونص الدستور المصري على عدم جواز المناقشة في الاستجواب الا بعد ثمانية أيام على الأقل من يوم تقديمه (م ١٠٨) .

(ج) طبقاً لنص المادة ١٠٨ من الدستور المصري لكل من المجلسين حق إجراء التحقيق ليستنر في مسائل معينة داخلة في اختصاصه . ويتم التحقيق بواسطة المجلس أو بواسطة لجنة من لجانه الدائمة أو لجنة خاصة يشكلها لهذا الغرض .

ويلاحظ انه لم يرد بالقانون الأساسي العراقي نص مقابل لنص المادة ١٠٨ من الدستور المصري ولكن المادة ٢٣ من اللائحة الداخلية لمجلس النواب العراقي تكفلت بالنص صراحة على حق المجلس في اجراء تحقيقات (١) .

(١) الدكتور مصطفى كامل : القانون الدستوري ١٩٤٧ . أنظر الجزء المخصص لدراسة القانون الأساسي العراقي .

المطلب الثاني النظام البرلماني في التطبيق

في مصر والعراق

ليس لمنصف أن ينكر أن الصورة التي رسمتها نصوص دستور سنة ١٩٢٣ لنظام الحكم السياسي في مصر ، ونصوص القانون الأساسي العراقي في (١٩٢٥) هي نفس الصورة التقليدية التي رسمها الفقه الدستوري للنظام البرلماني ، نفس الأسس ونفس العناصر التي سبقت الإشارة إليها في معرض تحديد الصورة التقليدية للنظام البرلماني (١).

غير أن الثابت مع ذلك أن حكم مصر في ظل دستور سنة ١٩٢٣ لم يكن حكماً برلمانياً . بمعنى أن احكام هذا الدستور لم تطبق في العمل كما اراد واضعوا هذا الدستور . أو بعبارة أكثر دقة ان الملك لم يلتزم حدود الدستور ولم يقتصر دوره على أن يكون رئيس دولة بدون سلطة فعلية ، وان الوزارات التي تولت الحكم نتيجة انتخابات برلمانية حرة لم تتمكن من ممارسة سلطة الحكم فعلاً وفقاً لأصول الحكم البرلماني . وليس هذا فقط بل ان الدستور ونظام الحكم النيابي ذاته لم يسلما من الاعتداءات المتكررة التي استهدفت القضاء على أساس النظام النيابي . أو تحويله عملاً إلى حكم ملكي . مطلق ..

وبتين ذلك جلياً من متابعة سير الحياة السياسية في ظل دستور سنة ١٩٢٣ وهو ما نعرض له بإيجاز فيما يلي :

١ - عقب إجراء أول انتخابات في ظل نظام الحكم السياسي الجديد وعقب تشكيل أول وزارة وطنية تولت الحكم نتيجة انتخابات حرة (وزارة سعد باشا زغلول) اثار الملك تحلاًفاً بينه وبين الوزارة حول

(١) في معرض تأكيد الصورة البرلمانية الكاملة للنظام السياسي الذي أنشأه دستور سنة ١٩٢٣ في مصر وصف البعض هذا الدستور بأنه ثوب نصفاض وهم يقصدون بذلك أنه فوق المستوى الذي يتفق وحالة البلاد وظرونها في ذلك الوقت .

تعيين خمسى أعضاء مجلس الشيوخ وهل يكون تعيين هؤلاء الأعضاء من حق الوزارة كما يقضى بذلك الدستور أو من حق الملك ؟ انتهى بتحكيم النائب العام لدى المحاكم المختلطة الذى أفتى بما يؤيد وجهة نظر الوزارة .

٢ - عقب فصل سردار الجيش المصرى (الانجليزى) فى ١٩/١١/١٩٢٤ استقالت وزارة سعد زغلول باشا الزعيم الوطنى وشككت وزارة من غير حزب الأغلبية البرلمانية (١) قامت بتأجيل البرلمان شهراً ثم حلت مجلس النواب . ومثل هذا الحل يعتبر فى حقيقته حلاً رئاسياً لأنه تم بإرادة الملك الذى جاء بالوزارة التى أجرت الحل .

٣ - أجريت الانتخابات بعد ذلك وأسفرت عن فوز حزب الوفد بزعامة سعد باشا زغلول وعقد البرلمان جلسته الأولى صباح ٢٣ مارس سنة ١٩٢٥ . وفى هذه الجلسة انتخب الزعيم الوطنى سعد زغلول رئيساً لمجلس النواب . وكان يجب تبعاً لذلك وطبقاً لأحكام الدستور أن تستقيل الوزارة . ولكن الذى حدث أن الملك حل مجلس النواب مرة ثانية لنفس السبب الذى حل من أجله المجلس السابق بالخالفه له صريح نص الدستور (٢) .

٤ - فى ١٧ مارس سنة ١٩٢٨ شكلت وزارة ائتلافية برئاسة رئيس حزب الوفد . وعرضت على هذه الوزارة المعاهدة المصرية البريطانية التى أسفرت عنها مفاوضات ثروت تشميرلن فرأت رفضها لاجتماعها بحقوق مصر . ونتيجة لهذا الرفض أقال الملك الوزارة وشكل فى ٢٧/٦/١٩٢٨ وزارة أخرى غير مؤيدة من البرلمان (٣) .

٥ - فى ٢٨/٦/١٩٢٨ قامت الوزارة الجديدة بتأجيل البرلمان شهراً . وقبل أن ينقضى الشهر صدر فى ١٩ يولية ١٩٢٨ أمر ملكى بحل مجلس النواب والشيوخ وتعطيل الحياة النيابية ثلاث سنوات .

(١) وزارة زيور باشا وتنته فى الواقع إلى إرادة الملك .

(٢) عقد المجلس فى الساعة ١١ من صباح ٢٣ مارس ١٩٢٥ وحل فى الساعة ٨ من مساء نفس اليوم ومعنى هذا أن حياته لم تدم أكثر من تسع ساعات .

(٣) وزارة محمد محمود باشا .

٦ - أسفرت مفاوضات هندرسن محمد محمود عن مشروع معاهدة
مصرية بريطانية روى عرضها على حكومة تمثل القوى الوطنية في البلاد .
ولتحقيق هذه الغاية استقالت الوزارة القائمة وشكل الملك وزارة جديدة
(وزارة عدلى باشا يكن) وأصدر أمراً ملكياً في ٣١ أكتوبر ١٩٢٨ بإعادة
الحياة النيابية والغاء الأمر الملكي السابق الصادر بتعطيل الدستور .

٧ - أجريت الانتخابات وفاز حزب الوفد وشكلت وزارة وطنية
برئاسة زعيم حزب الوفد (النحاس باشا) . ولكن الملك عارض مشروعات
الوزارة وعلى رأسها مشروع قانون محاكمة الوزراء ورفض التوقيع على
المراسيم فاضطرت الوزارة إلى الاستقالة .

٨ - في ١٩/٦/١٩٣٠ شكل الملك وزارة لا يؤيدها البرلمان
(وزارة صدق باشا) قامت بتأجيل البرلمان شهراً ثم استصدرت مرسوماً
بغض الدورة في ١٢ يولية سنة ١٩٣٠ .

٩ - في ٢٢ أكتوبر ١٩٣٠ صدر أمر ملكي بالغاء الدستور واستعيض
عنه بدستور جديد صدر به الأمر الملكي رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ .

١٠ - تحت تأثير المقاومة الشعبية صدر في نوفمبر سنة ١٩٣٤ أمر ملكي
برقم ٦٧ بالغاء الأمر الملكي رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ . ثم في ١٢/١٢/١٩٣٥
صدر أمر ملكي بعودة دستور سنة ١٩٢٣ (١) .

١١ - استمرت الازمات السياسية حتى قامت الثورة في يولية ١٩٥٢ .
والنتيجة المؤكدة التي تستخلص من عرض الأحداث التي وقعت خلال
فترة تطبيق دستور سنة ١٩٢٣ هي إن النظام البرلماني الذي رسمته نصوص
دستور سنة ١٩٢٣ لم يوجد فعلاً . ولم يطبق في العمل تطبيقاً سليماً فيما عدا فقرات
قليلة محدودة كان قيام النظام البرلماني فيها بمثابة استثناء يرد على الأصل .

(١) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦
ص ٢٩٠ - ٢٩٦ وأيضاً الدكتور محمد كامل ليلة : القانون الدستوري ١٩٦٢ ص ٤٨٣
وما بعدها .

والواقع الذى تثبته الأحداث والأزمات الدستورية السابق الاشارة اليها أن سلطة الحكم لم تكن بيد الوزارة والبرلمان كما تقتضى بذلك نصوص الدستور وإنما كانت بيد الملك . وكان الملك فى ممارسته للحكم بالخالفه لأحكام الدستور يستند إلى قوة المستعمر الذى تحتل جيوشه البلاد وترتب على هذا كله حكم قلق مضطرب هدفه معارضة مصالح الشعب (١) .

ولا يكاد الوضع فى العراق يختلف عن الوضع فى مصر سواء من حيث الظروف التى صدر فيها الدستور أو من حيث سيطرة الملك على الحكم بمعاونة إنجلترا بوصفها هنا سلطة الانتداب .

ذلك لأن الثابت تاريخياً ان قرار مجلس الوزراء فى ١١/٧/١٩٢٨ بالمنادة بالأمر فيصل بن الحسين ملكاً على العراق تم بناء على بلاغ المندوب السامى البريطانى المعان يوم ٥/٧/١٩٢١ .

والثابت تاريخياً كذلك ان المنادة بالأمر فيصل ملكاً كانت مقيدة فى بلاغ المندوب السامى بشرط هو أن تكون حكومته دستورية نيابية ديمقراطية (٢) . وان مشروع القانون الأساسى العراقى وضع على هذا الأساس . وان المجلس التأسيسى الذى شكل لتدقيق لائحة القانون الأساسى كان مقيداً بالنصوص التى تضمنتها المعاهدة الانجليزية العراقية فى هذا الشأن (٣) .

وفوق هذا أثبت التطبيق العملى للقانون الأساسى العراقى ان الملك كان يملك فى الحقيقة كل السلطات وإن النظام البرلمانى فى هذا القانون كان مجرد

(١) فى فترة تطبيق دستور سنة ١٩٢٣ تعاقبت على الحكم فى مصر ٣٨ وزارة فى مدى ثمانية وعشرين عاماً ونصف (أنظر الدكتور مصطفى أبوفهى المرجع السابق ص ٣١٨) .

(٢) أنظر محاضرات الدكتور عثمان خليل عثمان فى دراسة الماجستير فى القانون بجامعة بغداد ١٩٦٧/١٩٦٨ وموضوعها : الاتجاهات الدستورية الحديثة .

(٣) فى هذا المعنى يقول الدكتور منذر الشاوى وهذا التقييد السلطة المرسمة سببه أن القابضين على القوة الكبرى ليسوا أعضاء المجلس التأسيسى بل سلطة الانتداب . أنظر كتابه : القانون الدستورى والمؤسسات الدستورية العراقية ١٩٦٦ ص ١١٦) .

مظهر شكلي لا يمثل الحقيقة (١) بل إنه يبدو ان الرقابة على دستورية القوانين كما نظمها القانون الأساسي العراقي كان الغرض منها كما يقول الدكتور منذر الشاوي التمكن للملك من مراقبة السلطة التشريعية (٢) .

ويرجع السبب في نظرنا في عدم أعمال نصوص الدستور في البلدين وبالتالي عدم قيام الوزارة والبرلمان بممارسة الحكم فعلاً طبقاً لأحكام الدستور إلى أمور أربعة وهي :

(أولاً) ان الدستور - سواء في مصر أو في العراق - نقل نظام الحكم مباشرة من نظام حكم مطلق إلى نظام ديمقراطي نيابي برلماني على أحدث المبادئ الديمقراطية التي كانت معروفة في ذلك الوقت (٣) .

ولم يكن من السهل ان يتنازل الملك عن الحقوق والمزايا والسلطات التي كان يملكها في ظل نظام الحكم المطلق السابق مباشرة على صدور الدستور .

(ثانياً) ان الدستور المصري صدر في شكل منحة من الملك فؤاد (٤) وان القانون الأساسي العراقي أورد في الباب الثاني منه تحت عنوان «الملك وحقوقه» نصاً له دلالاته وهو نص المادة ١٩ يقول فيه «سيادة المملكة العراقية الدستورية للأمة وهي وديعة الشعب للملك فيصل بن الحسين ثم لورثته من بعده» .

وبالرغم من اتفاق رأى فقهاء القانون الدستوري في مصر على ان صدور الدستور في شكل منحة لا يرتب حقاً للملك في سحب الدستور ، وبالرغم من كل ما يمكن قوله في تفسير نص القانون الأساسي العراقي فان ثمة حقيقة لا يمكن انكارها وهي ان هذا الوضع بالنسبة للدستورين من شأنه أن يترك

(١) الدكتور منذر الشاوي المرجع السابق ص ١٤٦ ، ١٤٧ .

(٢) المرجع السابق ص ١٣٠ .

(٣) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي المرجع السابق ص ١٣٥ .

(٤) يبدو شكل المنحة واضحاً في صيغة الأمر الملكي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣ الذي صدر بوضع الدستور .

أثره في البلدين ويجعل تفهم السطوات الحاكمة وخصوصاً الملك الحقيقة الوضع الجديد ناقصاً أن لم يكن معزوماً خصوصاً إذا لاحظنا قيام التعارض الظاهر بين مصلحة الملك الشخصية ومصلحة الشعب فيما يتعلق بتوجيه شئون الحكم .

(ثالثاً) أن جمهور الناخبين بوضعهم الاجتماعى والاقتصادى المعروف في ذلك الوقت كانوا - وهم محرومون من حقوقهم الاجتماعية - عاجزين عن ممارسة حقوقهم السياسية بإرادة حرة وإدراك ووعى صحيحين .

(رابعاً) أن مصالح إنجلترا كانت تتعارض بطبيعة الحال مع المصالح الوطنية سواء في العراق أو في مصر ولهذا فقد كان من الطبعي أن تساعد دولة الاستعمار الملك في سعيه لتوطيد سلطته وإضعاف سلطة الشعب وإهدار حقوقه الدستورية .

ونرى من الواجب أن ننبه هنا إلى أن ممارسة الملك لسلطة الحكم فعلاً لا يمكن اعتبارها مجرد مخالفة للدستور أو مجرد تطوير للنظام البرلماني أو محاولة لتطوير هذا النظام أو لتعليمه بغير رئيس . ولكنها في حقيقتها هدم للنظام الديمقراطي من أساسه وعودة إلى الحكم المطلق .

ولا يمكن أن تقارن ممارسة الملك لسلطة الحكم في مصر والعراق بالمحاولة التي قام بها المارشال ماكماهون رئيس الجمهورية الفرنسية في سنة ١٨٧٦ (١) أو التي قام بها الرئيس مليران في سنة ١٩٢٤ (٢) للتدخل في شئون الحكم خلافاً لما يقضى به دستور سنة ١٨٧٥ ولا يمكن أن تقارن كذلك بتولى الرئيس ديجمول سلطة الحكم فعلاً في فرنسا وفقاً لأحكام دستور سنة ١٩٥٨ ،

ذلك لأن رئيس الجمهورية الفرنسية سواء في ظل دستور سنة ١٩٥٨ أو دستور سنة ١٨٧٥ هو رئيس منتخب من الشعب سواء بالطريق المباشر

(١) ، (٢) حاول الرئيسان التدخل في شئون الحكم واختيار وزارة تنفذ سياستهما الشخصية وتكون مسئولة أمامهما ولكن البرلمان قاوم هذا الاتجاه وأجبرهما على الاستقالة .

أو غير المباشر : وتولى هذا الرئيس السلطة جائز في ظل النظام النيابي الرئاسي وإن لم يكن جائزاً في ظل النظام النيابي البرلماني . ولهذا فإن كل ما يترتب على ممارسة الرئيس المنتخب لشئون الحكم هو أن يفقد النظام صفته البرلمانية دون أن يفقد صفته الديمقراطية النيابية .

أما الملك الوراثي فإنه حين يمارس السلطة لا يمارسها باسم الشعب وإنما يمارسها ضد إرادة الشعب ولهذا فإن الحكم في هذه الحالة يفقد صفة الحكم الديمقراطي ويتحول إلى حكم مطلق .

المبحث الثاني

النظام السياسي للجمهورية العربية المتحدة

في دستور سنة ١٩٥٦

ما هو النظام السياسي الذي أنشأه دستور جمهورية مصر سنة ١٩٥٦ في الجمهورية العربية المتحدة ؟ ما هي طبيعة هذا النظام ؟ هل هو نظام برلماني ؟ هل هو نظام رئاسي ؟

للإجابة على كل هذه التساؤلات نبدأ أولاً بدراسة النظام السياسي كما رسمته نصوص دستور سنة ١٩٥٦ ثم نحاول بعد ذلك وفي ضوء هذه الدراسة تحديد طبيعة هذا النظام .

المطلب الأول

تعداد النظام السياسي الذي أنشأه دستور سنة ١٩٥٦

في الجمهورية العربية المتحدة

أفرد دستور سنة ١٩٥٦ الباب الرابع منه للأحكام الخاصة بالسلطات وقسمه إلى أربعة فصول :خصص الفصل الأول لرئيس الدولة ، والفصل الثاني للسلطة التشريعية ، والفصل الثالث للسلطة التنفيذية ، والفصل الرابع والأخير للسلطة القضائية .

والذى يعنينا فيما يخص بتحديد النظام السيامى للدولة هو الأحكام المتعلقة بالسلطتين التشريعية والتنفيذية وهى التى وردت فى الفصلين الثانى والثالث ونعرض لدراستها فيما يلى :

أولا

السلطة التشريعية

تتكون الهيئة التشريعية من مجلس واحد هو مجلس الأمة . ويختار أعضاؤه بطريق الانتخاب السرى العام (م ٦٧) . وهذا المجلس هو الذى يمارس السلطة التشريعية. وطبقاً لصريح نص المادة ٨٤ لا يصدر قانون إلا إذا قرره مجلس الأمة :

وإذا كان مجلس الأمة هو المختص بمباشرة الوظيفة التشريعية كما سبق البيان فإنه يلاحظ ان لرئيس الجمهورية حق اقتراح القوانين والاعتراض عليها .

وطبقاً لنص المادة ٧٢ يجتمع المجلس بناء على دعوة رئيس الجمهورية ، غير ان المادة ٧٤ جعلت الاجتماع ومدته أمراً مفروضاً بقوة القانون بنصها صراحة على أن يدعى المجلس للانعقاد للدور السنوى العادى قبل الخميس الثانى من شهر نوفمبر . فإذا لم يدع يجتمع بحكم القانون فى اليوم المذكور . ويدوم دور الانعقاد العادى سبعة أشهر على الأقل ولا يجوز فسخه قبل اعتماد الميزانية .

ومن جهة أخرى يتمتع المجلس بالاستقلال والحرية فى تنظيم شئونه الداخلية دون تدخل من جانب السلطة التنفيذية . فالمجلس هو الذى ينتخب رئيسه ويؤكله للدور السنوى العادى (م ٧٩) وهو الذى يضع لأئحته الداخلية لتنظيم كيفية أداء أعماله (م ٧٦) . وله وحده المحافظة على النظام فى داخله . ولا يجوز لأية قوة مسلحة الدخول فى المجلس ولا الاستقرار على مقربة من أبوابه الا بطلب من رئيس المجلس (م ٨٧) . وهو المختص بالفصل فى صحة عضوية أعضائه (م ٨٩) (١) .

(١) يجرى التحقيق فى الطعون فى صحة العضوية بواسطة محكمة عليا بناء على إحالة من رئيس المجلس لكن المجلس هو الذى يفصل فى الطعن بعد عرض نتيجة التحقيق عليه .

وطبقاً لنصوص المواد ١٠٧ - ١١٠ لا يجوز في أثناء دور انعقاد مجلس الأمة وفي غير حالة التلبس بالجريمة أن تتخذ ضد أى عضو من أعضائه أية إجراءات جنائية إلا باذن المجلس .

ولا يؤخذ أعضاء المجلس عما يبدونه من الأفكار والآراء في أداء أعمالهم في المجلس أو لجانه .

ولا يجوز إسقاط عضوية أحد من أعضاء المجلس الا بقرار من المجلس بأغلبية ثلثي أعضائه بناء على اقتراح عشرة من الأعضاء . والمجلس هو الذى يقبل استقالة أعضائه .

ثانياً

السلطة التنفيذية

يتميز دستور سنة ١٩٥٦ بأنه فرق في نطاق السلطة التنفيذية بين الوظيفة الحكومية والوظيفة الادارية كما فرق بين الهيئة التى تمارس الوظيفة الحكومية والهيئة التى تمارس الوظيفة الادارية .

ذلك ان الدستور وان كان قد نص صراحة في المادة ١١٩ منه على أن رئيس الجمهورية يتولى السلطة التنفيذية ويمارسها على الوجه المبين في الدستور الا أنه تضمن مع ذلك أو ضاعاً وأحكاماً لها دلالة خاصة في هذا الشأن نعرض لبيانها فيما يلى :

(اولاً) قسم الدستور الفصل الثالث المخصص للسلطة التنفيذية إلى أربعة فروع : الفرع الأول : رئيس الجمهورية ، والفرع الثانى : الوزراء والفرع الثالث : الادارة المحلية ، والفرع الرابع : مجلس الدفاع الوطنى .

ويستفاد من هذا التقسيم ان الدستور ينظر لهذه الفروع الأربعة بوصفها أجهزة متميزة . وفي رأينا ان رئيس الجمهورية طبقاً لهذا التقسيم يمثل الحكومة ، والوزراء والادارة المحلية يمثلان السلطة الادارية المركزية والسلطة الادارية المحلية .

(ثانياً) نص الدستور في مواد متفرقة على اختصاصات رئيس الجمهورية وهي نوعان اختصاصات حكومية واختصاصات إدارية :

فالاختصاصات الحكومية تشمل بوجه عام وضع السياسة العامة للحكومة بالاشتراك مع الوزراء واقتراح القوانين والاعتراض عليها ، وإعلان الحرب وعقد المعاهدات ودعوة مجلس الأمة للانعقاد وفض الدورة وحل مجلس الأمة واستفتاء الشعب .

والاختصاصات الإدارية تشمل بوجه عام ترتيب المصالح العامة والإشراف على إدارتها وإصدار اللوائح وتعيين الموظفين المدنيين والعسكريين وعزلهم على الوجه المبين بالقانون .

ويتبين من مجموع نصوص الدستور في هذا الشأن أن رئيس الجمهورية يباشر الاختصاصات الحكومية بنفسه بموافقة مجلس الأمة أو بعد أخذ رأيه في بعض الحالات . أما الاختصاصات الإدارية فيباشرها عن طريق الوزراء (١) :

(ثالثاً) خولت المادة ١٤٨ من الدستور كل وزير حق الإشراف على شئون وزارته وتنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها .

ونصت المادة ١٤٦ على أنه في حالة انتهاء مدة الرئاسة المقررة لرئيس الجمهورية يستمر الوزراء في مباشرة أعمالهم إلى أن يتم انتخاب خلف له .

ويستفاد من نص المادة ١٤٨ أن الوزراء لهم - في دستور سنة ١٩٥٦ - سلطة ذاتية وإن كانوا يخضعون في مباشرتها لرقابة رئيس الجمهورية بوصفه الرئيس الإداري الأعلى وأنهم في مباشرة اختصاصاتهم يعتبرون سلطة متميزة عن رئيس الجمهورية لأنهم لا يستمدون اختصاصاتهم وحقوقهم في مباشرة هذه الاختصاصات من رئيس الجمهورية بوصفه صاحب

(١) أنظر لنا القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي الصادر في ١٩٦٧ ص ٤١٥ .

الاختصاص أصلاً ، وإنما يستمدون حقهم في ذلك من الدستور مباشرة فلا يملك رئيس الجمهورية إزاء صراحة نص المادة ١٤٨ أن يلغى اختصاصات الوزراء أو أن يتولى بنفسه هذه الاختصاصات مع إلغاء مناصب الوزراء أو تركها شاغرة .

وقد أقرت المادة ١٤٦ هذا المبدأ بنصها على أن الوزراء يستمرون في مباشرة أعمالهم في حالة انتهاء مدة الرئاسة لأي سبب . ومعنى هذا أنه إذا انتهت مدة رئيس الجمهورية فلا يترتب على ذلك انقضاء سلطة الوزراء في مباشرة اختصاصاتهم ولكنهم على العكس يستمرون في مباشرة هذه الاختصاصات وفقاً لصريح نص الدستور وهم في هذه الحالة لا يستمدون سلطتهم من رئيس الجمهورية لأن المفروض أن سلطته زالت ولا يستمدونها من رئيس مجلس الأمة الذي يتولى رئاسة الجمهورية مؤقتاً لأن المادة ١٤٦ تحول الوزراء صراحة حق الاستمرار في مباشرة اختصاصاتهم في حالة انتهاء مدة رئاسة الجمهورية لأي سبب كان . وهذا النص قاطع في أن الوزراء يستمدون سلطتهم من الدستور مباشرة (١) .

(رابعاً) تنص المادة ١٣١ من الدستور على أن «يضع رئيس الجمهورية بالاشتراك مع الوزراء السياسة العامة للحكومة في جميع النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية والإدارية ويشرف على تنفيذها» .

وتنص المادة ١٤٧ على أن «يجتمع رئيس الجمهورية مع الوزراء في هيئة مجلس وزراء لتبادل الرأي في الشؤون العامة للحكومة وتصريف شؤونها» .

وبهم هذان النصان أن حق وضع السياسة العامة للحكومة - وهو أهم الوظائف الحكومية في الدولة - من اختصاص رئيس الجمهورية والوزراء

(١) الدكتور محمد فؤاد مهنا : القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي الصادر في ١٩٦٧ ص ٤١٨ وما بعدها .

معاً وان دستور سنة ١٩٥٦ يعترف بوجود نظام مجلس الوزراء ويجعل من اختصاص هذا المجلس وضع السياسة العامة للحكومة .

ولكن الحقيقة التي يؤيدها التفسير الصحيح لنصوص الدستور أن حق مباشرة الاختصاصات الحكومية مقرر في دستور جمهورية مصر لرئيس الجمهورية وحده وان اختصاص الوزراء مقصور في هذا الدستور على الشئون الادارية ، وان نظام مجلس الوزراء بصورته التي كانت معروفة في ظل دستور سنة ١٩٢٣ البرلمانى لم يعد له وجود في دستور جمهورية مصر .

أما اشترك الوزراء مع رئيس الجمهورية في رسم السياسة العامة للحكومة المشار اليه في المادة ١٣١ واجتماع رئيس الجمهورية مع الوزراء في هيئة مجلس وزراء لتبادل الرأى في الشئون العامة كما تقول المادة ١٤٧ فليس الا من قبيل اشترك المروؤس مع الرئيس صاحب الحق الاصيل في ممارسة السلطة ومباشرة الاختصاص بمعنى أن المروؤس في هذه الحالة لا يكون له سوى رأى استشارى في الموضوع المطروح على بساط البحث . أما سلطة البت والتقرير فتبقى للرئيس وحده :

ونلخص الحجج التي تؤيد هذا التفسير وتقطع بسلامته فيما يلى :

١ - انه لا يوجد في الدستور أى نص يقرر حقاً أصلياً للوزراء أو لمجلس الوزراء في مباشرة الاختصاصات الحكومية .

٢ - ان الدستور أقر مسئولية الوزراء منفردين أمام مجلس الأمة في حين أنه لا يجيز مساءلة الوزراء مجتمعين (١) .

ومسئولية الوزير منفرداً معروفة في النظام البرلمانى وهى لا تجيز مساءلة الوزير عن الأعمال التي كانت محل مداولة مجلس الوزراء .

(١) تنص المادة ٩٠ على أن « لكل عضو من أعضاء مجلس الأمة أن يوجه الى الوزراء أسئلة أو استجوابات . . . »

وتنص المادة ١١٣ على أنه « اذا قرر مجلس الأمة عدم الثقة بأحد الوزراء وجب عليه ازالته » .

فاذا نص الدستور على مسئولية كل وزير على انفراد فان معنى هذا ان المقصود مسئوليته عن الأعمال التي يتولاها منفرداً وهي الأعمال الادارية أما الأعمال الحكومية فلا يسأل عنها لسبب واضح وهو انه لا يشارك فيها بسلطة ذاتية مستقلة وانما يشترك فيها برأى استشارى نظراً لأن حق البت فيها من اختصاص رئيس الجمهورية وحده . ومن المبادئ المسلم بها ان المسئولية لا توجد الا حيث توجد السلطة وكل الدلائل تدل على ان المشرع الدستوري لم يرد مخالفة هذا المبدأ في دستور جمهورية مصر .

٣ - مما يؤكد سلامة التفسير الذى ذهبن اليه علاوة على ما تقدم أن المشرع المصرى تمسكاً مع منطق النصوص الدستورية ومفهومها في هذا الصدد أصدر في ١٠ يولييه سنة ١٩٥٦ القانون رقم ٣٨٣ لسنة ١٩٥٦ وهو ينص في مادته الأولى على ما يأتى :

«يستبدل بعبارة» رئيس مجلس الوزراء «مجلس الوزراء» ، «مجلس الوزراء» الواردة في جميع القوانين وغيرها من التشريعات القائمة عبارة «رئيس الجمهورية» وكذلك يستبدل بعبارة «رياسة مجلس الوزراء» عبارة «رئاسة الجمهورية» .

ولا شك ان هذا النص قاطع في أن السلطة التي حلت في ظل دستور سنة ١٩٥٦ محل مجلس الوزراء الذى كان قائماً في ظل دستور سنة ١٩٢٣ هي سلطة رئيس الجمهورية ورئيس الجمهورية وحده .

المطلب الثانى

تحديد طبيعة النظام السياسى

لجمهورية العربية المتحدة في دستور سنة ١٩٥٦

لتحديد طبيعة هذا النظام يتعين أولاً تحديد العلاقة بين السلطين التشريعية والتنفيذية . وعلى أساس دراستنا لهذه العلاقة نستطيع أن نحكم على طبيعة النظام .

أولا

العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية

تلخص الأحكام التي تنظم العلاقات بين هاتين السلطتين في دستور سنة ١٩٥٦ فيما يلي :

- (أولاً) رئيس الجمهورية : يختار رئيس الجمهورية بواسطة الشعب في استفتاء عام بناء على ترشيح مجلس الأمة وذلك لمدة ست سنوات .
- ولرئيس الجمهورية السلطات والاختصاصات الآتية ازاء مجلس الأمة :
- ١ - حق اقتراح القوانين والاعتراض عليها (١٣٢ - ١٣٤) .
- ٢ - دعوة مجلس الأمة للانعقاد ونقض الدورة (م ٧٢) .
- ٣ - يحضر جلسة افتتاح مجلس الأمة ويلقى بياناً متضمناً السياسة العامة للحكومة والمشروعات التي ترى القيام بها .
- ٤ - حل مجلس الأمة .

(ثانياً) الوزراء :

- ١ - يعين رئيس الجمهورية الوزراء ويعفيهم من مناصبهم .
- ٢ - يسأل الوزراء أمام رئيس الجمهورية وأمام مجلس الأمة .
- ٣ - طبقاً لنص المادة ٨٨ تسمع أقوال الوزراء في مجلس الأمة كلما طلبوا الكلام وللوزير صوت معلود في المداولات إذا كان عضواً في مجلس الأمة .

(ثالثاً) مجلس الأمة ازاء الوزراء :

- ١ - لكل عضو من أعضاء مجلس الأمة توجيه أسئلة واستجابات للوزراء .
- ٢ - لمجلس الأمة طرح المناقشة في موضوع عام بناء على طلب عشرة أعضاء لاستيضاح سياسة الحكومة في شأنه وتبادل الرأي فيه (م ٩١) .
- ٣ - لمجلس الأمة أن يسحب الثقة من احد الوزراء بعد استجواب

موجه اليه وفي هذه الحالة يجب على الوزير اعتزال الوزارة ويكون سبب الثقة بأغلبية اعضاء المجلس (م ١١٣) .

ثانيا

تجديد طبيعة النظام السيامى للجمهورية العربية المتحدة
في دستور سنة ١٩٥٦

ملك رئيس الجمهورية في هذا النظام كل السلطات والاختصاصات المقررة للرئيس في النظام الأمريكى دون أن تكون علاقته بمجلس الأمة مقيدة بالقيود التى يفرضها النظام الرئاسى الأمريكى على رئيس الجمهورية فرئيس الجمهورية في دستور سنة ١٩٥٦ يتولى السلطة التنفيذية ويمارسها وهو يحكم الدستور يتولى ويمارس الوظيفة الحكومية بنفسه . وإذا كان الدستور قد أفرد وضعاً محدداً للوزراء مما اقتضى أن تكون ممارسة رئيس الجمهورية للوظيفة الادارية عن طريق الوزراء . فان هذا لا ينفى أن رئيس الجمهورية هو الرئيس الادارى الأعلى وهو لهذا يعتبر سلطة ادارية رئاسية بالنسبة للوزراء . وهو الذى يعينهم ويغيبهم من مناصبهم ويحيلهم إلى المحاكمة عما يقع منهم من جرائم في تأدية أعمال وظائفهم . وهذه حقوق يقرها النظام الرئاسى للرئيس بوجه عام .

لكن رئيس الجمهورية في دستور سنة ١٩٥٦ له حقوق أخرى فهو يدعو مجلس الأمة للانعقاد ويفض الدورة ويحل مجلس الأمة وله حق اقتراح القوانين ويقدم في جلسة افتتاح مجلس الأمة بياناً متضمناً السياسة العامة للحكومة وهذه كلها حقوق لا يملكها رئيس الدولة في النظام الرئاسى .

ولهذا فانه يتعين القول بأن النظام السيامى للجمهورية العربية المتحدة في دستور سنة ١٩٥٦ هو نظام رئاسى متطرف ، ولا يغير من هذا الحكم في نظرنا ما أدمج في هذا النظام من بعض العناصر التى تبدو وكأنها عناصر برلمانية ولكنها في حقيقتها لا تعتبر من عناصر النظام البرلمانى .

ذلك لأن الوزراء في دستور سنة ١٩٥٦ ليس لهم كما سبق القول -

أى اختصاصات حكومية وكل اختصاصاتهم إدارية بحتة . وعلى هذا فإن الرقابة المقررة في الدستور لمجلس الأمة على الوزراء هي رقابة مقصورة على الشئون الإدارية التي يباشرها كل وزير بمفرده . وليست هذه هي الرقابة التي يعرفها النظام البرلماني . إن مثل هذه الرقابة قد توجد في النظام الرئاسي بل إن الكونغرس الأمريكي يراقب فعلاً الجهاز الإداري الأمريكي بواسطة خاصة سبقت الإشارة إليها .

ولا شك أن النظام السيماسي الذي يقوم على أساس عدم مسئولية الرئيس الذي يمارس الاختصاصات الحكومية لا يمكن أن يعتبر نظاماً برلمانياً .

البعث الثالث

النظام السياسي للجمهورية العربية المتحدة في الاعلان الدستوري

المصادر في ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤

أورد الاعلان الدستوري الصادر في ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ الأحكام الخاصة بنظام الحكم في الباب الرابع منه وقسم هذا الباب إلى أربعة فصول خصص الأول منها لرئيس الدولة والثاني للسلطة التشريعية والثالث للسلطة التنفيذية والرابع للسلطة القضائية .

وقسم الفصل الثالث المخصص للسلطة التنفيذية إلى أربعة فروع أورد في الفرع الأول الأحكام الخاصة برئيس الجمهورية وأورد في الفرع الثاني الأحكام الخاصة بالحكومة وفي الفرعين الثالث والرابع أورد الأحكام الخاصة بالدفاع الوطني والإدارة المحلية على التوالي .

وبهذا من كل هذه الأحكام ، ونحن بصدد تحديد النظام السياسي للدولة تلك التي وردت في الفصلين الثاني والثالث من الباب الرابع في شأن السلطين التشريعية والتنفيذية ونعرض لها فيما يلي :

أولاً

السلطة التشريعية

لا تكاد الأحكام التي أوردها الاعلان الدستوري في شأن السلطة

التشريعية تختلف عن الأحكام التي قررها دستور جمهورية مصر سنة ١٩٥٦ فيها يتعلق بممارسة مجلس الأمة للسلطة التشريعية وسلطاته واختصاصاته في هذا الشأن واستقلال اعضاءه وحصانهم في مباشرة عملهم في المجلس .

ولهذا رأينا ان نكتفى هنا بإيراد الأحكام الجديدة التي لم يرد لها ذكر في دستور سنة ١٩٥٦ مع الاحالة فيما عدا ذلك لما عرضناه فيما تقدم في كلامنا عن السلطة التشريعية في دستور سنة ١٩٥٦ .

والجديد في هذا الموضوع ينحصر في أمرين : تكوين مجلس الأمة وتنظيم العلاقة بين السلطين التشريعية والتنفيذية .

ففيما يتعلق بتكوين مجلس الأمة أورد الاعلان الدستوري حكمين جديدين في هذا الشأن .

الأول تقرير حق رئيس الجمهورية في أن يعين عدداً لا يزيد على عشرة أعضاء في مجلس الأمة يضاف إلى أعضاء المجلس المختارين بطريق الانتخاب السري العام وفقاً للقاعدة العامة (م ٤٩) .

والثاني : ان الاعلان الدستوري اشترط في المادة ٤٩ منه أن يكون نصف اعضاء المجلس على الأقل من العمال والفلاحين . وذلك تمثيلاً مع المبدأ العام الذي قرره ميثاق العمل الوطني .

أما فيما يتعلق بتنظيم العلاقة بين السلطين التشريعية والتنفيذية فترجىء الكلام عنها إلى فقرة تالية نخصصها للكلام عن طبيعة النظام السياسي الذي أنشأه الاعلان الدستوري .

ثانياً

السلطة التنفيذية

أنشأ الاعلان الدستوري نظاماً جديداً لممارسة السلطة التنفيذية نعرض لبيان عناصره فيما يلي :

(أولاً) تتكون السلطة التنفيذية من عنصرين رئيسين رئيس الجمهورية والحكومة ، فـ رئيس الجمهورية يختار بالاستفتاء بواسطة الشعب لمدة ٦ سنوات بناء على ترشيح مجلس الأمة .

ورئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة ١٠٠ يتولى السلطة التنفيذية ويمارسها على الوجه المبين بالدستور والذي سوف نعرض لتحديده فيما بعد .

أما الحكومة فهي بصريح نص المادة ١٣٠ من الإعلان الدستوري «المشقة التنفيذية والإدارية العليا للدولة» .

وتتكون الحكومة من رئيس الوزراء ونواب رئيس الوزراء والوزراء (م ١٣١) .

وإدارة أعمال الحكومة ورئاسة مجلس الوزراء معقودة بصريح نص المادة ١٣١ لرئيس الوزراء (١) .

وطبقاً لنص المادة ١١٤ يعين رئيس الجمهورية رئيس الوزراء ونواب رئيس الوزراء والوزراء ويعضهم من مناصبهم .

ولرئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة ١١٥ حق دعوة مجلس الوزراء للانعقاد وحضور جلساته وتكون له رئاسة الجلسات التي يحضرها .

(ثانياً) وزعت الاختصاصات الحكومية والإدارية بين رئيس الجمهورية والحكومة وحددت الاختصاصات التي يباشرها كل منهما تحديداً دقيقاً في نصوص الدستور

ففيما يتعلق بوضع السياسة العامة للدولة وهو أهم الاختصاصات الحكومية نصت المادة ١١٣ على ما يأتي :

(١) تنص هذه المادة على أن يدير رئيس الوزراء أعمال الحكومة ويرأس مجلس الوزراء .

يضع رئيس الجمهورية بالاشتراك مع الحكومة السياسة العامة للدولة
في جميع النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية والادارية ويشرف
على تنفيذها .

وهذا النص قاطع في أن الحكومة تشترك مع رئيس الجمهورية في وضع
السياسة العامة للدولة . وعلى هذا وبحكم هذا الاشتراك تسأل الحكومة
أمام مجلس الأمة عن هذه السياسة بالرغم من أن رئيس الجمهورية غير
مستول بحكم الدستور :

ويقرر النص من ناحية أخرى حق رئيس الجمهورية في الاشراف
على تنفيذ السياسة العامة .

ونظراً لأن الحكومة هي المختصة بتنفيذ السياسة العامة كما سيأتي
فإن رئيس الجمهورية يكون له بحكم النص حق الاشراف على الحكومة
في قيامها بتنفيذ السياسة العامة فضلاً عما يملكه من حق حضور جلسات
مجلس الوزراء ورئاسة الجلسة التي يحضرها .

اختصاصات رئيس الجمهورية : وفيما عدا ما تقدم حددت نصوص
الاعلان الدستوري اختصاصات رئيس الجمهورية وهي لا تكاد تختلف
عن الاختصاصات المقررة له في دستور سنة ١٩٥٦ وتشمل اعلان الحرب
وعقد المعاهدات واعلان حالة الطوارئ والعفو عن العقوبة وتعيين الموظفين
للمدنيين والعسكريين . واستفتاء الشعب في المسائل الهامة واصدار اللوائح
التفويضية والتنفيذية ولوائح الضبط والقرارات المتعلقة بترتيب المصالح
العامة (١) .

(١) رأينا عدم الإشاره هنا الى اختصاصات رئيس الجمهورية المتعلقة بالتشريع ومجلس
الامة على أن نذكرها عند الكلام عن العلاقة بين السلطين .

اختصاصات الحكومة : كذلك حددت نصوص الاعلان الدستوري لاختصاصات الحكومة وهي عديدة نذكر منها ما يلي :

١ - تنفيذ السياسة العامة للدولة وممارسة كافة الاختصاصات اللازمة لذلك (م ١٣٢) .

٢ - تنظيم وتنفيذ المهام الاقتصادية والثقافية الخاصة بالبناء الاشتراكي واتباع سياسة خارجية سليمة .

٣ - توجيه وتنسيق ومراجعة أعمال الوزارات والمؤسسات والهيئات العامة والاشراف على جميع المؤسسات العامة .

٤ - اعداد مشروع الميزانية ومشروع الخطة العامة للدولة .

٥ - ملاحظة تنفيذ القوانين والمحافظة على أمن الدولة وحماية حقوق المواطنين ومصالح الدولة .

(ثالثاً) نظمت العلاقة بين السلطين التنفيذية والتشريعية على أساس جعل حق حل مجلس الأمة من اختصاص رئيس الجمهورية وهو غير مسئول أمام المجلس بينما جعلت الحكومة مسئولة أمام المجلس وخاضعة لرقابته . وسأتى بيان ذلك .

(رابعاً) أغفل الدستور لأول مرة في تاريخ الدساتير المصرية الحديثة النص على اختصاص كل وزير بالاشراف على شئون وزارته ، فقد كان هذا النص يتردد دائماً في كل دساتير مصر الحديثة منذ سنة ١٩٢٣ وعلى هذا فان الوزراء لم يعد لهم وضع دستوري في هذا النظام السياسي (١) خلافاً لما كان عليه الحال في الدساتير السابقة . وواضح ان هذا القول ينصب على الوزراء في حالة انفرادهم فقط . لأنهم حين يجتمعون بمجلس وزراء

(١) يلاحظ أن النص على اشراف كل وزير على وزارته وارد الآن في قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ ..

برئاسة رئيس الوزراء أو رئيس الجمهورية يكونون الحكومة وهي الهيئة التنفيذية والادارية العليا المتصوص عليها في الدستور .

ثالثاً

تعدد طبيعة النظام السياسي المصري الذي أنشأه الاعلان الدستوري الصادر سنة ١٩٦٤ .

- ١ -

تنظيم العلاقة بين السلطين التنفيذية والتشريعية :

حدد الاعلان الدستوري العلاقة بين رئيس الجمهورية والحكومة من ناحية ومجلس الأمة من ناحية أخرى كما يلي :

(أولاً) معاونة السلطة التنفيذية في الأعمال التشريعية :

طبقاً لنص المادة ١١٦ لرئيس الجمهورية حق اقتراح القوانين والاعتراض عليها . ويجوز أن يكون الوزراء أعضاء في مجلس الأمة وفي هذه الحالة يكون لهم صوت مبدوء عند أخذ الرأي (م ٨٥) .

(ثانياً) حقوق لرئيس الجمهورية ازاء مجلس الأمة : تلخص هذه الحقوق فيما يلي :

١ - يدعو رئيس الجمهورية مجلس الأمة إلى الانعقاد ويفض الدورة (م ٥٣ ، ٥٧)

٢ - يلقى رئيس الجمهورية أمام مجلس الأمة عند افتتاح الدورة بياناً متضمناً السياسة العامة للدولة (م ٦٣) .

٣ - لرئيس الجمهورية حق حل مجلس الأمة (م ٩١) .

(ثالثاً) حقوق لمجلس الأمة ازاء الحكومة : تلخص هذه الحقوق فيما يلي :

١ - طبقاً لنص المادة ٨٢ تعرض الحكومة بعد تعيينها برنامجها على مجلس الأمة وتطلب موافقة مجلس الأمة عليه .

٢ - طبقاً لنص المادتين ٨٦ لكل عضو من أعضاء مجلس الأمة أن يوجه إلى رئيس الوزراء والوزراء أسئلة أو استجوابات في شأن من الشؤون الداخلة في اختصاصهم ويلزم رئيس الوزراء والوزراء بالإجابة على الأسئلة وتجرى مناقشة الاستجواب بعد سبعة أيام على الأقل من يوم تقديمه فيما عدا الاستعجال بموافقة الحكومة .

٣ - لمجلس الأمة أن يسحب الثقة من الحكومة وفي هذه الحالة يجب على رئيس الوزراء أن يقدم استقالة الحكومة إلى رئيس الجمهورية .

وللمجلس كذلك أن يسحب الثقة من أحد الوزراء . وفي هذه الحالة يجب على الوزير الذي أعلن المجلس عدم ثقته به أن يعتزل الوزارة (٨٩، ٩٠م)

- ٢ -

تعدد طبيعه النظام السياسي

يتبين بوضوح من مراجعة نصوص الاعلان الدستوري التي نظمت العلاقة بين السلطين التنفيذية والتشريعية أن العلاقة بين السلطين تقوم على أساس برلماني يبدو واضحاً إذا نظرنا إلى السلطة التنفيذية كوحدة واحدة دون تفرقة بين رئيس الجمهورية والحكومة .

ذلك لأنه في هذه الحالة يمكن القول بأنه يوجد تعاون ورقابة متبادلة بين مجلس الأمة من ناحية وبين رئيس الجمهورية والحكومة من ناحية أخرى .

وهذا الوضع يحقق مزاي النظام البرلماني لأنه يمكن مجلس الأمة من مراقبة السلطة التنفيذية ممثلة في الحكومة خصوصاً إذا لاحظنا أن الحكومة تشترك مع رئيس الجمهورية في وضع السياسة العامة للدولة وإن مجلس الأمة له بصريح نص الدستور حق مساءلتها عن جميع اختصاصاتها بما في ذلك الاختصاصات الحكومية طبعاً .

ومن جهة أخرى يضمن هذا النظام استقرار السلطة التنفيذية في شخص رئيس الجمهورية لأن رئيس الجمهورية وإن كان يمارس السلطة التنفيذية على النحو السابق ذكره إلا أن مجلس الأمة لا يملك مساءلته أو عزله لأنه (رئيس الجمهورية) غير مسئول بحكم الدستور .

ومع ذلك وبرغم توافر بعض مظاهر النظام البرلماني في النظام السياسي المقرر في الاعلان الدستوري الا أنه لا يمكن اعتباره نظاما برلمانيا خالصاً . لأن من أهم عناصر النظام البرلماني أن تكون ممارسة شئون الحكم فعلاً بيد الوزارة لا بيد رئيس الدولة بمعنى أن تكون الوزارة المسئولة هي التي تمارس السلطة التنفيذية . أما رئيس الدولة فلا يسأل ولا يمارس السلطة .

ثم أنه من جهة أخرى لا يمكن اعتباره نظاماً رئاسياً خالصاً لأنه يفتقد عناصر النظام الرئاسي الأساسية .

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأنه نظام قائم بذاته يتضمن عناصر رئاسية وأخرى برلمانية . وأنه يمكن إذا أحسن تطبيقه أن يحقق الكثير من مزايا النظامين الرئاسي والبرلماني مع تفادي عيوبهما .

خاتمة

مستقبل النظامين البرلماني والرئاسي في مصر والعراق

ثمة حقيقة نستخلصها من دراستنا السابقة للنظامين البرلماني والرئاسي وهي ان النظم السياسية - وفي مقدمتها النظامان البرلماني والرئاسي - ليست قوالب جامدة يمكن أن تحقق أغراضها تلقائياً بمجرد تطبيقها في دولة ما ، ولكنها صور مختلفة لأشكال الحكم يجب ، لكي تحقق الغرض منها ، أن تكون متفقة ، ليس فقط مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للبلد الذي تطبق فيه وإنما أيضاً مع خصائص وطبائع وأخلاق أهل هذا البلد ولهذا فإن النظم السياسية يجب أن تسم بالمرونة وأن تكون قابلة للتطور والتغير لكي تكون متفقة دائماً مع الظروف المتطورة المتغيرة .

وقد رأينا في دراستنا للنظامين البرلماني والرئاسي كيف اتخذ النظام الرئاسي ، في التطبيق العملي في الولايات المتحدة الأمريكية ، صورة تختلف عن الصورة التقليدية التي رسمها له الفقه الدستوري فتحول بذلك الفصل المطلق إلى صلة وتعاون بين الوزراء والبرلمان داخل اللجان البرلمانية من ناحية وبين الرئيس والبرلمان في نطاق الحزب من ناحية أخرى .

ورأينا كذلك كيف أن النظام البرلماني في فرنسا لم يحقق للوزارات في ظل دستور سنة ١٨٧٥ - الاستقرار المنشود . وان وسائل العلاج التي قررها دستور سنة ١٩٤٦ عجزت بدورها عن أن تحقق هذا الاستقرار وان الأمر انتهى بأن انشأت فرنسا لنفسها في دستور سنة ١٩٥٨ نظاماً سياسياً جديداً احتفظت فيه ببعض العناصر البرلمانية لكنه جاء مع ذلك مختلفاً اختلافاً أساسياً عن النظام البرلماني الذي كان مقررأ في دستور سنة ١٨٧٥ ، سنة ١٩٤٦ .

ومن جهة أخرى رأينا كيف أن النظام البرلماني الذي رسمت صورته المجددة في دستور مصر سنة ١٩٢٣ وفي القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥

لم يجد ، لا في مصر ولا في العراق ، أرضاً صالحة لتطبيقه بسبب الظروف والعوامل التي سبقت الإشارة إليها .

والآن وقد تغيرت الأوضاع في كل من مصر والعراق يبدو واضحاً أن النظام البرلماني في صورتها التقليدية التي عرفناها لم يعد صالحاً للتطبيق في أي من البلدين خصوصاً فيما يتعلق بوضع رئيس الدولة باعتباره مجرد رئيس اسمي يتمتع بكل مظاهر الرئاسة دون أن يمارس سلطة الرئاسة فعلاً .

ذلك لأن ظروف بلادنا وتجارب نظم الحكم فيها على مر العصور لم تسمح في الماضي ، ولا نعتقد أنها يمكن أن تسمح في المستقبل بقيام مثل هذا الوضع واستمراره في التطبيق العملي .

لهذا ونظراً لأن كلا من مصر والعراق يعيش اليوم (١) في ظل دستور مؤقت في انتظار الدستور الدائم المرتقب فقد رأينا - في ختام دراستنا أن نضع تحت الانظار بعض المقترحات المتعلقة بنظام الحكم في الدستور الدائم .

وفي رأينا أن النظام السياسي الذي يتحدد في الدستور الدائم يجب - لكي يكون صالحاً للتطبيق - أن يضمن تحقيق هدفين في وقت واحد .

الهدف الأول : تمكين الشعب من أعمال إرادة حرة في اختيار ممثليه الذين يعهد إليهم بممارسة شئون الحكم باسمه مع كفالة الحقوق والحريات العامة لأفراد الشعب .

والهدف الثاني : إقامة حكومة قوية مستقرة قادرة - بما يوفره لها النظام السياسي من وسائل وأسباب - على صيانة النظام العام وتوفير الحاجات والخدمات العامة التي يتطلبها المجتمع في الداخل ، وحماية الدولة وضمان سلامتها ضد كل اعتداء يأتي من الخارج .

ويمكن في نظرنا أن يحقق الدستور الدائم هذين الهدفين بشرطين :

(١) نود فنذكر بأن هذا البحث هو عبارة عن دروس الماجستير بجامعة بغداد في سنة ١٩٦٨-١٩٦٩

الأول أن يكون نظام الحكم الذى ينشؤه هذا الدستور اشتراكياً ديمقراطياً ،

والثانى أن يكون تنظيم السلطات فى الدستور متفقاً مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والتجارب التى مرت بها البلاد من ناحية ، ومع خصائص وطبائع وأخلاق المواطنين من ناحية أخرى .

الاشتراكية : والاشتراكية التى نقصدها هنا واشرنا إليها فيها تقدم هي الاشتراكية فى صورتها العربية المتميزة التى حددتها ميثاق العمل الوطنى وتقرير الميثاق فى الجمهورية العربية المتحدة (١) .

ولا يسمح المقام هنا بالتكلم تفصيلاً عن الاشتراكية العربية ولهذا نكتفى بأن نقول أنها تختلف عن الماركسية من أكثر من ناحية ، وأنها تقوم على الأركان الخمسة الآتية (٢) .

١ - اذابة الفوارق بين الطبقات وتحريم السيطرة الطبقية .

٢ - سيطرة الشعب على أدوات الانتاج .

(١) الميثاق وتقرير الميثاق وثيقتان دستوريتان وافق عليهما المؤتمر القومى للقوى الشعبية المنتخب بواسطة الشعب لهذا الغرض وأعلنهما فى وقت واحد باعتبارهما وثيقتين دستوريتين لما قوة الزام واحده .

(٢) رغبة فى تقديم صورة أكثر دقة ووضوحاً للاشتراكية العربية كما حددتها الميثاق وتقرير الميثاق نقل فيما يلى بعض عبارات الميثاق وتقرير الميثاق فى هذا الشأن .

« يقول الميثاق » . . الاشتراكية هى اقامة مجتمع الكفاية والعدل مجتمع العمل وتكافؤ الفرص لجميع الانتاج ومجتمع الخدمات « . إن الحرية الاجتماعية لا يمكن أن تتحقق إلا بفرص متكافئة أمام كل مواطن فى نصيب عادل من الثروة الوطنية . أن ذلك لا يقتصر على مجرد اعادة توزيع الثروة الوطنية وإنما هو يتطلب أولاً وقبل كل شيء توسيع قاعدة هذه الثروة بحيث تستطيع الوفاء بالحقوق المشروعة لجميع الجماهير الشعب العامة » .

ويقول تقرير الميثاق « أن لاشتراكية العربية خصائصها المتميزة . وعلى ذلك لا يصح أن نفرسها فى ضوء أى ملهب اشتراكى آخر . وأن علينا أن نعى اشتراكية العربية من أن يستغلها البعض فيتحرف بمفاهيمها الى مفاهيم مذهبية غريبة منها » ..

٣ - احترام الملكية الخاصة في حدود معينة مع تغيير طبيعتها وتحويلها إلى وظيفة اجتماعية .

٤ - اتباع أسلوب التخطيط العلمي في التنظيم الاقتصادي .

٥ - تقرير الحقوق الاجتماعية باعتبارها حقوقاً أساسية للمواطنين .

الديموقراطية : والديموقراطية التي تقصدها في اشارتنا السابقة هي الديمقراطية النيابية التي تقرر للشعب حق ممارسة سيادته عن طريق ممثلين ينتخبهم لهذا الغرض ، وقد سبق شرح الديمقراطية وصوره الحكم الديموقراطي بما فيه الكفاية ولهذا نكتفي بالاحالة إلى ما قلناه فيما تقدم .

تنظيم السلطات : وفيما يتعلق بتنظيم السلطات في الدستور الدائم نرى أن يكون هذا التنظيم وفقاً للخطوط العريضة الرئيسية الآتية (١) .

(أولاً) ان يعهد بالوظيفة التنفيذية - بما تشمله من اختصاصات حكومية وإدارية إلى سلطة ذات تكوين مزدوج يشمل عنصرين :

العنصر الأول يمثله رئيس دولة مختار بطريق الانتخاب لمدة محددة ويكون له حق تولي وممارسة بعض الاختصاصات الحكومية التي يحددها الدستور .

والعنصر الثاني تمثله حكومة تتكون من الوزراء برئاسة رئيس الوزراء وتتولى وتمارس باقي الاختصاصات الحكومية وكل الاختصاصات الإدارية

على أن تنظم علاقة رئيس الدولة بالحكومة بطريقة تحقق وحدة العمل والاتجاه في نطاق السلطة التنفيذية .

وأن تكون ممارسة الاختصاصات الحكومية الهامة كإعلان الحرب وعقد المعاهدات بموافقة المجلس التشريعي .

(١) يعتبر الإعلان الدستوري الصادر في ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ في مصر في نظرنا نموذجاً يحظى فيما يتعلق بتنظيم سلطات الحكم .

وأن يراعى في توزيع الاختصاصات الحكومية بين رئيس الدولة والحكومة أن تكون الاختصاصات التي تقرر لرئيس الدولة بقدر يسمح بضمان استقرار الحكم وضمان سلامة الدولة بوجه عام وبصفة خاصة إبان الأزمات وفي الظروف الاستثنائية . وأن تكون الاختصاصات التي تقرر للحكومة بقدر يسمح للهيئة التشريعية بفرض رقابة جدية على السياسة العامة للحكومة .

(ثانياً) أن يعهد بالوظيفة التشريعية إلى هيئة منتخبة عن الشعب بطريق الاقتراع العام المباشر وأن تكون هذه الهيئة مستقلة عن السلطة التنفيذية وأن يكون لها حق ممارسة وظيفتها بإرادة حرة دون أن تخضع في ذلك لسيطرة السلطة التنفيذية أو غيرها من السلطات أياً كانت .

(ثالثاً) أن تنظم العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية على أساس أن يكون للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الدولة حق اقتراح القوانين والاعتراض عليها وحق حل الهيئة التشريعية في حدود ضمانات تكفل جدياً اساءة استعمال حق الحل .

وأن يكون للهيئة التشريعية حق مراقبة السلطة التنفيذية ممثلة في الحكومة عن طريق تقديم أسئلة واستجوابات للحكومة أو لأحد الوزراء وسحب الثقة من الحكومة أو من أحد الوزراء في حدود ضمانات تكفل حسن استعمال حق إسقاط الحكومة .

وتقف هنا لحظة لنقرر حقيقة يجب أن تعرف وهي أن مقترحاتنا في شأن تكوين واختصاصات السلطتين التنفيذية والتشريعية وتنظيم العلاقة بينهما ليست في جوهرها ابتكاراً فقهياً لأنها تستند إلى نظام مقرر في الإعلان الدستوري الصادر في مصر في ٢٤ مارس ١٩٦٤ وفي الدستور الفرنسي الصادر سنة ١٩٥٨ عرف طريقة فعلاً إلى التنفيذ في مصر وفرنسا . وقد دافعنا عن الأسس التي قام عليها هذا النظام في محاضرات القيت في مصر لأنه يكفل في نظرنا القوة والاستقرار للسلطة التنفيذية بفضل ما قرره من اختصاصات وسلطات لرئيس الدولة بما في ذلك حق حل المجلس التشريعي

.. وهو في نفس الوقت يحول دون تحول السلطة التنفيذية إلى سلطة مطلقة أو مستبدة بفضل أعمال مبدأ الفصل بين السلطات بالنسبة للسلطتين التشريعية والتنفيذية وبفضل توزيع اختصاصات السلطة التنفيذية بين رئيس الدولة والحكومة مع إخضاع الحكومة لرقابة جدية من جانب المجلس التشريعي |

(رابعاً) توفر الضمانات التي تكفل الحقوق والحريات العامة للمواطنين بأعمال مبدأ علو الدستور وسيادة القانون عن طريق إنشاء محكمة عليا تراقب دستورية القوانين ، وتوفر ضمانات استقلال القضاء ، وتحرم المماس بحق الفرد في اللجوء إلى القضاء لحماية حقوقه وحرياته التي يكفلها الدستور والقوانين .

(خامساً) نظراً لأن التجارب أثبتت غيوب تعدد الأحزاب السياسية وخطر هذا التعدد على سلامة نظام الحكم واستقراره . ونظراً لأن الظروف المحيطة بالامة العربية تقتضي أن يوفر الدستور للحكومة كل أسباب القوة والاستقرار لهذا فأننا نرى وجوب مراعاة منتهى الحيلة في اختيار نوع التنظيم السياسي الشعبي الذي يسمح الدستور بقيامه .

ولا شك ان تجميع قوى الشعب العاملة في اطار تنظيم سياسي شعبي يمثل تحالف هذه القوى من شأنه أن يحقق هدفاً من أهم أهدافنا وهو تحقيق الوحدة الوطنية في المحيط الداخلي .

وقد قام التنظيم السياسي الشعبي في مصر على هذا الأساس ممثلاً في الاتحاد الاشتراكي العربي .

ويتبين من مراجعة مقدمة القانون الأساسي للاتحاد الاشتراكي العربي في مصر (١) أن هذا الاتحاد هو تنظيم سياسي شعبي يقوم بنفس العمل

(١). ورد في مقدمة القانون الأساسي للاتحاد الاشتراكي العربي ما يلي :

— « ان الاتحاد الاشتراكي العربي هو الطليعة الاشتراكية التي تقود الجماهير وتبصر عن أرائها وتوجه العمل الوطني وتقوم بالرقابة الفعالة حل ميره في خطه السلم في ظل مبادئ الميثاق » .

الذى يمكن أن يقوم به الشعب في ظل حكم ديمقراطى نيابى ، ولكنه لا يمارس اختصاصات المؤسسات الدستورية التى انشأها الدستور ولا يعتبر لذلك سلطة تنفيذية أو سلطة تشريع فى الوضع الدستورى القائم فى مصر .

وبهذا الوضع يعتبر الاتحاد الاشتراكى العربى فى مصر نموذجاً لتنظيم سياسى شعبى يحل محل نظام الأحزاب السياسية المعروف فى أوروبا وأمريكا غير أنه نظراً لأهمية توضيح الحدود بين رسالة ودور الاتحاد الاشتراكى بوصفه تنظيمًا سياسياً شعبياً ، وبين دور واختصاصات السلطات العامة فى الدولة بوصفها مؤسسات دستورية نرى أنه يتعين تحديد دور ووضع الاتحاد الاشتراكى وعلاقته بالسلطين التنفيذية والتشريعية بمقتضى نصوص صريحة فى الدستور الدائم :

== وفى موقع آخر حددت المقدمة أهداف الاتحاد الاشتراكى العربى فى الصيغة الآتية :

« تحقيق الديمقراطية البهية بملة بالشعب والشعب لتكوين الثورة بالشعب فى أسلوبها ، والشعب فى غايتها وأهدافها » .

القصد الجنائي في تزوير المحررات

للمكتور هوفى محمد

أستاذ القانون الجنائي المساعد

بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

تمهيد

١ - **دقة موضوع التزوير وأسبابها** : يعتبر التزوير من أدق موضوعات القسم الخاص في قانون العقوبات ، بل إنه في تقدير بعض أعلام الفقه الجنائي أدق موضوعات هذا القسم على الإطلاق وأشدّها تعقيداً وتشعباً . وليست هذه سمة ينفرد بها التزوير في التشريع المصري ، وإنما هو طابع عام يميز جريمة التزوير في سائر التشريعات . وقد درج الفقهاء عند دراسة التزوير على استهلال الموضوع بالاعتراف بدقته والتسليم بصعوبته ، ونكاد نلمس في أقوالهم اعتذاراً خفياً عما قد يبلو في بنائهم لنظرية التزوير من قصور . ففى فرنسا يصف «شوفو وهيل» التزوير بأنه موضوع بالغ الحرج يحوطه الغموض من كافة جوانبه (١) ، ويقول جاريو إنه ليست هناك جريمة أثارت من المسائل والمشاكل ما أثاره التزوير في المحررات (٢) . وفى إيطاليا يتحدث «كرارا» عن التزوير فيصفه بأنه موضوع مرامى الأطراف شديد التشعب والتعقيد إلى حد يجعله غارقاً في الظلام محاطاً بالغموض كأنه أبو الهول (٣) ، وفى ألمانيا يرى «بندنج» أنه ليس ثمة نموذج قانونى أضنى الفقه فى استكناه جوهره ، والقضاء فى تطبيق أحكامه - حتى على وجه التقريب - مثلما أضناها التزوير (٤) . وفى مصر يقرر أحمد أمين أنه ليس فى قانون العقوبات موضوع تباينت

(١) Chauveau et Hélie, Théorie du Code Pénal V.II, No. 638 (١) p. 325.

(٢) Garraud; Traité du droit pénal français, III, No. 1009.

(٣) Carrara; Programma di diritto criminale, No. 3842, 3847, 3675, 2364.

(٤) Binding, Lehrbuch, II, 169, 108. Malinverni, Teoria (٤) del falso documentale, p. 1, Milano 1958.

فيه آراء المفسرين واضطربت فيه أحكام المحاكم كالتزوير في المحررات (١). وليس فيما قاله هؤلاء الفقهاء مغالاة ؛ فباب التزوير هو بحق متاحة الفقه والقضاء ، فليس هناك موضوع يخرج الباحث منه بعد التأمل العميق بحيرة كذلك التي يخرج بها الباحث في التزوير . وبكاد نعرف بأن طول الحيرة وعمقها يعدلان دائماً طول التأمل وعمقه . وقد عانى الفقهاء جميعاً من هذه الحيرة حتى شبه بعضهم التزوير بالسراب ، يبهر الرأي بمظهره الخلاب حتى إذا هم بالقبض عليه لم يجد بين يديه غير الفراغ (٢) .

وترجع هذه الصعوبة في تقديرنا إلى أسباب متعددة :

١ - فالملاحظ في التشريعات بوجه عام أنها توجز في أحكام التزوير إنجازاً عملاً لا يحسم الجدل ، وإنما يفتح الباب على مصراعيه للخلاف .

وقد تبدو نصوص التزوير في بعض التشريعات عديدة ، ولكن هذا التعدد لا يحجب التصور ولا يسد الثغرات . فالتشريع المصري عالج تزوير المحررات في ثمان عشرة مادة (٢١١ - ٢٢٧) ، ورغم ذلك لم يعن بتعريف التزوير وبيان أركانه في أى منها ، وإنما جنى أساساً ببيان طرق التزوير وأنواع المحررات وصفة الجاني ، ثم أورد جملة نصوص حدد فيها عقوبات خاصة للتزوير الذي يقع في طوائف معينة من المحررات الرسمية والعرفية ، وليس التشريع المصري بدعاً في هذا الشأن ، بل إن مسلكه يتفق في ذلك مع مسلك كثير من التشريعات المعاصرة (٣) ، ولعله أسوأ منها حالاً بسبب سوء صياغته في عدة مواضع ، فقد خرجت بعض النصوص بعبارة

(١) أحمد أمين - شرح قانون العقوبات الأهل - القسم الخاص ١٩٢٤ ص ١٨٢ .

(٢) Antolisei, Manuale Malinverni, cit. p. 1 والنظر كذلك : di diritto penale, parte speciale II, p. 447.

(٣) فقد نظم التشريع الجنائي الفرنسي أحكام التزوير في المواد من ١٤٥ إلى ١٦٢ ، كما نظمها التشريع الإيطالي في المواد من ٤٧٦ إلى ٤٩٣ ولم يعرف أى نهج التزوير لأدبين أركانها .

بجملة أو غير دقيقة أو زائدة (١). وهكذا كتب على الفقه أن ينهض بعبء
ثقل ، هو جمع النصوص والتأليف بينها في إطار يضمها حتى يتسنى له
أن يحدد معالم الزور ويستخلص أركانه ٥

(٢) وعلى الرغم من المحاولات الصادقة التي بذلت لتحديد ماهية
الزور ، فإزالت الحدود مختلطة بين الوقائع الجديرة بالعقاب وغيرها
من الوقائع التي يبدو العقاب عليها غير معقول ولا مقبول (٣). وقد استطاع
القضاء بوعى سليم أن يجد له مخرجاً في حالات عديدة ، غير أن أحكامه
في حالات أخرى كثيرة تضاربت ، بل تناقضت في المسألة الواحدة ،
فقد نمت بعض الأحكام باعتبار الواقعة تزويراً ، ونفت أحكام أخرى هذه
الصفة عنها ، ويرجع هذا التضارب والتناقض إلى افتقار القضاء إلى نظرية
عامة يحكمها فيما التبس عليه . وليس اضطراب الفقه في هذا المجال بأقل
من اضطراب القضاء . وحتى يومنا هذا ما تزال المنطقة التي تقع بين
المؤتم بيقين والمباح بيقين منطقة واسعة تملؤها حيرة الفقه والقضاء .

(٣) كذلك فإن جريمة الزور تشبه أحياناً بغيرها من الجرائم
التي تقترب منها لاحتوائها على بعض عناصرها (٤) . فليست جرائم الزور
هي وحدها التي تقوم على الكذب والخداع أو على تغيير الحقيقة بوجه عام ،
 وإنما تشترك معها في ذلك جرائم أخرى لا تمت إلى الزور بنسب ، كالنصب
(م ٣٣٦) ، وشهادة الزور (م ٢٩٤ - ٢٩٧) ، والخبرة الكاذبة والرجمة
الكاذبة (م ٢٩٩) ، واليمين الكاذبة (م ٣٠١) والبلاغ الكاذب (م ٣٠٥)
والقذف المكتوب إذا تضمن اسناد واقعة غير صحيحة (م ٣٠٢) ، والتفالس

١٠
(١) محمود إبراهيم اسماعيل - جرائم الاحتيال على الأشخاص وجرائم الزور ١٩٥٠
ص ٢١٩ ، وانظر فتحي زغلول - رسالة الزور طبع ١٩٢٢ ص ١٣ .

(٢) Antolisei, cit., p. 448. Garraud, Traité III, No. 1009.

(٣) أحمد أمين ، المراجع السابق ص ١٨٣ ، محمود إبراهيم اسماعيل ، المراجع والمؤلف
أما بقية

بالتدليس إذا اعترف التاجر كتابة بديون غير حقيقية (م ٣٢٨) ، وتقليد المصنفات العلمية أو الأدبية أو الفنية .

(٤) تعدد وقائع الحياة وتنوعها (١) بسبب اتساع دائرة المعاملات وتطورها وشيوع الكتابة فيها ، مما يغرى بعض الناس بارتكاب التزوير . ونتيجة لهذا التعدد والتنوع يأخذ التزوير مظاهر ويقترن بظروف واعتبارات تفوق الحصر . وذلك كله يوجب على الفقه والقضاء رد هذه الجزئيات إلى نظام كلي ينطبق عليها فيخرج الحكم في كل الأحوال متناسقا . غير أن ما يلمسه الباحث هو أن التزوير ليست له نظرية عامة واحدة ، بل تكاد نقول ليست فيه نظرية بائدة ، وإنما فيه جملة نظريات يودى الأخذ بواحدة منها إلى نتائج تختلف اختلافاً جوهرياً عما يودى إليه الأخذ بسواها . ومن هنا يكون لبعض الظروف وزن في تقدير نظرية ، ولا يكون لها هذا الوزن في تقدير أخرى ، وذلك يودى بطبيعة الحال إلى اختلاف الحلول تبعاً لاختلاف الظروف .

(٥) يضاف إلى ذلك كله اضطراب بين أحكام القضاء يحس به من يطلع على مجموعات الأحكام . وهذه ظاهرة ملموسة في القضاء المصرى والأجنبى على السواء . ولئن كان اضطراب أحكام القضاء ثمرة طبيعة لكل ما تقدم من أسباب ، فقد أصبح هذا الاضطراب بدوره سبباً من أسباب صعوبة المادة ودقتها ، إذ تجمعت أمام الباحث حصيلة غزيرة من أحكام القضاء تعزز كل رأى وتؤيد كل اتجاه وتزيد هوة الخلاف اتساعاً ،

٢ - مواطن الخلاف في التزوير : لا يكاد الباحث في موضوع التزوير يثر على منطقة واحدة يعتقد من حولها الإجماع ، ولا يقتصر الخلاف على المسائل التفصيلية والأمور الفرعية ، ولكنه يتعداهما إلى أركان

(١) Chauveau et Helie, cit., No. 638; Garraud, cit., n. 1009; Antolisei, cit., p. 448. أحد أين - المرجع السابق ص ١٨٣ .

الجريمة ذاتها : بل انه يشمل نقطة البداية التي ينطلق منها البحث الجنائي عادة عند دراسة الجريمة ، ونعني المصاحبة القانونية التي من أجلها جرم الفعل واستحق العقاب .

وإذا كان بعض الفقهاء يرون الاهتمام بتقصي المحل القانوني عبثاً وجهداً عقابياً يصدون أنفسهم عن الخوض فيه (١) ، فإن الخلاف بين أنصار فكرة المحل القانوني أنفسهم يبدو على أشده عندما يعرضون لجريمة التزوير . فمنهم من يرى أن التزوير يضم مجموعة من الجرائم لا تربطها وحدة المحل القانوني ، بل تربطها وحدة الوسيلة أو الأسلوب الذي تقع به الجريمة ، أما المصلحة القانونية . فإنها متغيرة تختلف من حال لأخرى ، وقد تكون هذه المصلحة هي المال أو الحرية أو الحياة أو الشرف الخ (٢) . وهناك من يرى أن المحل القانوني في التزوير محدد ، وأنه واحد لا يختلف باختلاف الأحوال ، وهو في ذاته - وليس الوسيلة أو الأسلوب - الذي يربط بين جرائم التزوير ، ويجعل منها نظاماً قانونياً متماكباً . ولكن أصحاب هذا الرأي يختلفون بعد ذلك حول طبيعة هذا المحل : فمنهم من يعتبره الثقة العامة ، ومنهم من يراه الالتزام بتقرير الحقيقة وتحريم الصدق والأمانة (٣) ،

Carnelutti, Teoria del falso, 2.

(١)

Weismann, Oppenheim, Lonig, Bauer, ألمانيا في الرأي

Feurback وفي إيطاليا Delitala .

وكان فورباخ أول من ذهب إلى أن التزوير جريمة « مبهمة » لأنها لا تلحق الضرر دائماً بمال « محدد » ، وإنما تضر بمصالح متعددة ومتنوعة تختلف من حال لأخرى ، ولهذا يجب أن تحبل جريمة التزوير مكانها بين مجموعة الجرائم التي تتفق معها في ذلك ، وهي الجرائم التي لا تربطها وحدة المصلحة المعنى عليها بل وحدة الوسيلة أو الأسلوب الذي ترتكب به .

Malinverni, cit. p. 154 e seg.

انظر في عرض هذا الاتجاه :

Mirto : La falsità in atti, p. 34 : انظر في عرض هذا الرأي ونقده :

c segg, Milano. 1955.

ومبهم من يجعله دليل الإثبات (١) . ويمزج فريق ثالث بين أكثر من مصلحة قانونية (٢) ، ولكنهم يدورهم ينقسمون أنفسهم عدة : فبعضهم يعتبر المحل القانوني في التزوير هو الثقة العامة وحق الملكية ، وبعضهم يجعله الثقة العامة والمصلحة القانونية الأخرى التي يمثلها المحرر أو محميا . وهناك أخيراً من يربط بين طبيعة المصلحة القانونية وبين نوع المحرر ، فيعتبر الثقة العامة هي المحل القانوني في تزوير المحررات الرسمية ، ويعتبر حق الملكية هو هذا المحل في تزوير المحررات العرفية (٣) .

وليس الخلاف حول المصلحة القانونية خلافاً فقهاً مجرداً يدور حول مسألة نظرية ، ولكنه خلاف على جانب كبير من الأهمية ، وهو في جريمة التزوير أشد خطورة ، لأن القانون لم يعرف التزوير ولم يحدد أركانه ، ولا سبيل إلى استجلاء جوهر التزوير واستخلاص أركانه ما لم يهتد الباحث إلى المصلحة القانونية التي عنى الشارع بحمايتها حين عاقب على التزوير .

وقد ترتب على غموض المحل القانوني أن احتدم الجدل حول أركان التزوير ، فثار التساؤل عما إذا كان التزوير ينتمي إلى جرائم الحدث (النتيجة) أو إلى جرائم السلوك المحرر . وتذهب قلة من الفقهاء هذا المذهب الأخير ، فالضرر عندهم ليس ركناً من أركان الجريمة ولا عنصراً فيها ، وإنما هو شرط للعقاب عليها . غير أن السائد أن التزوير من جرائم الحدث ،

(١) من هذا الرأي في ألمانيا : Maurach, Mezger, Negler, Binding, Schonke وتجههم فيه من الفقهاء الإيطاليين Maggior, Boretini, Brichetti, Malinverni.

(٢) Carrara, Programma. No. 3645, 3512, 3858; Antolisei cit. 457.

(٣) Filangieri, Scienza della legislazione, lib. 3, IV, 109, Nico- lini, Della procedura penale nel Regno delle due Sicilie, parte 2, VI, 165; Gabba, Saggio intorno alla dottrina ed alla repressione dei reati contro la fede pubblica, 50, Maino, Commento al codice penale italiano, 11; 98. Malinverni, cit. 175 e segg., Carrara, Programma. cit. No. 3358; 2363.

وإن كان أنصار هذا الرأي يختلفون فيما بينهم حول ما إذا كان هذا الحدث يتمثل في ضرر أو في مجرد خطر الضرر . ويعتمد هذا الرأي أو ذاك على طبيعة المصلحة القانونية التي يحسبها الشارع بالعقاب على التزوير ، فإن كانت هذه المصلحة هي الثقة العامة أو سلامة دليل الإثبات كانت الجريمة من جرائم الضرر ، وإن كانت هي المصلحة التي يمثلها المحرر أو يحسبها كانت من جرائم الخطر . وحتى القائلين بلزوم الضرر يختلفون فيما بينهم على دوره في بناء الجريمة : فبعضهم يعتبر الضرر ركناً قائماً بذاته ، وبعضهم يجعله مجرد عنصر من عناصر الركن المادى ليس له وجود مستقل أو كيان متميز (١) .

وإذا انتقلنا من أركان الجريمة إلى مضمون عناصرها وجدنا الغموض والخلاف يكتنفان كثيراً منها . فما المراد بالمحرر في باب التزوير ، وما العلاقة بينه وبين فكرة المحرر في القانون المدنى ؟ هل المحرر - حقيقة - هو كل مكتوب يتضمن علامات ينتقل بها الفكر من شخص إلى آخر لدى النظر إليها كما يجرى على ذلك الفقه في مصر منذ عهد أحمد أمين ؟ أو أن المحرر - فضلاً عن هذا الشكل - يجب أن ينطوى على مضمون ؟ وإذا كان للمحرر مضمون فما هي حقيقة هذا المضمون ؟ كذلك فإن التفرقة بين المحررات الرسمية والعرفية تفرقة دار من حولها الجدل ولم ينقطع حتى الآن .

بل إن الفعل المادى في التزوير - وهو تغيير الحقيقة - لم ينبج من الخلاف ، فقد تباينت وجهات النظر حول الحدود الفاصلة بين التغيير الموثم والتغيير المباح .

(١) بل إن هناك من ينتزع الضرر من مجال الركن المادى تماماً ويدخله في دائرة القصد الجنائى ليجعل منه قصداً خاصاً في جريمة التزوير ، وسوف نعرض لهذا الرأي عند معالجة موضوع القصد .

وإذا انتبهنا بعد ذلك إلى القصد الجنائي عنف الجدل واشتد اللجاج :
 ذلك أن القصد الجنائي بطبيعته ينطلف على أركان الجريمة كما حددها
 القانون . فإذا حملنا إليه هذا الركام من المشاكل بدت الأمور شديدة التعقيد .
 وتزداد الأمور تعقيداً متى لاحظنا أن للقصد الجنائي في جريمة التزوير
 فضلاً عن ذلك كله مشاكله الخاصة ، سواء ما كان منها متعلقاً بالنظرية
 العامة للقصد وما كان منها مرتبطاً بالقصد في جريمة التزوير على وجه
 الخصوص . فقد شغل الفقه والقضاء بتحديد طبيعة القصد في التزوير :
 أهو قصد عام أم قصد خاص ؟ ويسود الاعتقاد بأن القصد في هذه الجريمة
 قصد خاص ، ولكن الخلاف يتعاظم عندما يراد بيان ماهية هذا القصد ،
 فالبعض يراه قصد الإضرار ، والبعض يصوره على أنه قصد الغش ،
 ويحسبه آخرون قصد الاحتجاج بالظهور المزور ، ويؤكد غيرهم أنه قصد
 الاستعمال . وقد بدا للفقه والقضاء حين امتدحيا إلى الرأي الأخير أنهما
 قد وقعا أعياراً على ضالتهما المنشودة ، وأن لهما أن يلقيا أنفاسهما ويستريحا .
 ولكننا نسأل : هل القصد الخاص في التزوير ضربة لازب ؟ وهل لا يتسع
 المصدر من جديد لمناقشة ذلك الرأي المهجور الذي يكفى بالقصد العام
 وحده في جريمة التزوير ؟

٣ - جرائم التزوير في التشريعات المقارنة : ليس في وسع الباحث
 في التزوير أن يعتمد كثيراً على التشريعات المقارنة ، بل إن الرجوع إلى
 هذه التشريعات يدعم الاعتقاد بأن التزوير ليست له نظرية عامة شاملة
 على مستوى الفكر القانوني ، وإنما له نظريات وضعية متعددة تختلف
 أبعادها من تشريع لآخر . وذلك يفرض على الباحث أن يعتمد بالبقطة
 والحذر حتى لا تسويه نظرية محكمة البناء دقيقة التركيب فيعتقها ثم يقحمها
 على تشريعه دون أن يفتن إلى اختلاف الأسس بين تشريعه وبين التشريع
 الذي صيغت هذه النظرية في ظلال أحكامه :

وليس بما يتفق وأهداف هذا البحث أن نقف طويلاً أمام التشريعات
 المختلفة لنبرز كل ما بينها من فروق ، وحسبنا أن نلقى نظرة عابرة على

بعض هذه التشريعات لئلا ترى في أى موضع عاجلت جرائم التزوير : فأما القانون الايطالى والقانون البلجيكي فقد عالجنا هذه الجرائم في باب خاص عنوانه : «الجرائم الماسة بالثقة العامة» ، وقد نحا مشروع قانون العقوبات الأخير عندنا هذا المنحى . أما قوانين الدانمرك وجريتلند وأيسلندا فقد تظلمت جرائم التزوير في باب يخص للجرائم الماسة بأدلة الإثبات . وقريب من هذا مسلك القانون الجنائى لولاية نيويورك ، إذ تناول جرائم التزوير في الباب المخصص «للجرائم الماسة بسر العدالة» . أما القانون الفرنسى فقد أورد نصوص التزوير في الباب الخاص « بالجرائم الماسة بالأمن العام » . وأما قانون فنلندا فقد ضم تزوير المحررات إلى جريمة النصب وعالجهما معاً في باب واحد عنوانه «النصب والتزوير» . أما القانون الألماني فقد وزع جرائم التزوير في بابين ، هما الباب الثالث والعشرون والباب الثامن والعشرون وأولهما خاص بتزوير المحررات ، وجمع القانون فيه جرائم التزوير التي تقع من الأفراد سواء كان محلها محررات رسمية أو عرفية ، أما الآخر فإنه خاص بالجرائم التي يرتكبها الموظفون أثناء تأدية وظائفهم . وفي هذا الباب أدخل القانون تزوير المحررات الرسمية الذي يقع من الموظفين أثناء قيامهم بأعمال وظائفهم . وبما له دلالة أن الباب الثالث والعشرين من القانون الألماني يتوسط بابين أحدهما خاص بالنصب وخيانة الأمة ، والآخر خاص بالتفليس . وتقف تشريعات أخرى من التزوير موقفاً لا يفصح مباشرة عن حقيقة نظرتها إليه ، فزأها تضع أحكام التزوير في باب لا تطلق عليه اسماً يحدد المصلحة القانونية محل الحماية ، وإنما تجعل عنوانه «التزوير» فحسب أو الجرائم الواقعة على المحررات . ومن هذه التشريعات القانون البلغارى والقانون الأسبانى والقانون اليونانى (١) . وينتمى التشريع المصرى القائم إلى هذه الطائفة الأخيرة . على أن إمساك التشريع عن الإفصاح عن المصلحة القانونية ليس من شأنه أن يحول دون استظهارها ؛ فهناك مسالك يمكن اتباعها لتحقيق ذلك وإن كانت محفوفة بالصعاب .

(١) يعالج القانون اليونانى تزوير المحررات الرسمية الذى يرتكبه موظف عام في باب آخر هو الباب الثانى عشر الخاص بالجرائم الواقعة أثناء تأدية الوظيفة .

وإذا كان موضع التزوير من التشريعات الجنائية قلقاً على هذا النحو ، بل على نحو يعز مثيله في سائر الجرائم ، فلستنا نتوقع بعد ذلك أن تكون أركانها في مختلف التشريعات متماثلة ، لأن الزاوية التي يطل منها كل تشريع على التزوير تؤثر بشئ شك على تحديد أركانه .

٤ - موضوع البحث وخبطه : موضوع هذا البحث هو القصد الجنائي في تزوير المحررات . والمشكلة التي نلقاها في تحديد هذا القصد ذات شقين : أولهما أن أركان التزوير كما رأينا غير محددة في القانون ، ولما كان القصد ينسحب على كل أركان الجريمة ، فإن دائرته في التزوير تختلف سعة وضيقاً باختلاف النظرة إلى هذه الأركان . وذلك على علمنا بادىء ذي بدء أن نحدد أركان التزوير ، والثاني أن نوع القصد في التزوير يختلف عليه : فهل هو قصد عام أو خاص ، وإذا كان قصداً خاصاً فما هو هذا القصد ؟

وقد يبدو اختيار موضوع البحث على هذا النحو اختياراً غير موفق ، إذ لا يؤمن معه ، بل من المؤكد تماماً ، أن يتصدى الباحث لموضوعات أخرى مازالت الآراء تتجادلها . والتصدى لهذه الموضوعات في بحث كهذا يحتاج إلى مع المنهج العلمي السليم . وكان الأمر يستقيم لو أن موضوع البحث كان جريمة التزوير في جملتها . غير أننا مع ذلك نرى أن إغفال هذه الموضوعات تماماً في بحثنا ينطوي على قصور يفض من قيمته ، بل إنه بدونها يبدو بناء قائماً فوق الرمال .

لهذا نرى تقسيم البحث قسمين : نحدد في أولهما أركان التزوير ، ونعتمد لذلك باستقصاء المصلحة القانونية التي حرص الشارع على حمايتها ، مع التزام القصد والإيجاز بقدر الإمكان وتجنب الخوض في التفاصيل ، أما القسم الثاني وهو جوهر البحث فسوف نعرض فيه بالتفصيل لمشاكل القصد العام والخاص في تزوير المحررات .

الفصل الأول

المحل القانوني وأركان التزوير

المبحث الأول

للمحل القانوني في التزوير

٥ - تعديد للمحل القانوني في التزوير يدخل في نطاق اللامعات التشريعية : يعرف المحل القانوني في الفقه الجنائي بأنه المال القانوني الذي تهمله الجريمة أو تعرضه للخطر ، ومن أجل صيانة هذا المال يتدخل المشرع فيفرض العقاب ، ولذلك يسمى المحل القانوني أيضاً «محل الحماية الجنائية» . ويلدب الفقه - إمعاناً في التحليل والتأصيل - إلى التفرقة بين المال القانوني والمصلحة القانونية . ويعمل الرأي الراجح إلى تعريف المصلحة بأنها تقدير صاحب المال لصلاحيته الشيء لإشباع حاجة معينة لديه ، فهي على هذا الأساس الانعكاس الذي يحدثه المال في نفس صاحبه فيعبر عنه بالاحتفاظ به والحرص عليه (١) . غير أن الرأي السائد ينبد هذه التفرقة ويرأها تفرقة اصطلاحية خالصة ، ويؤثر استعمال كل من المال القانوني والمصلحة القانونية بغير تمييز . وهذا الاتجاه هو ما تميل إليه إثارة لليسر وتجنباً للتعقيد ، فضلاً عن أن تعبير المصلحة القانونية أكثر ذيوياً في الفقه المصري وليس غريباً عليه غرابة اصطلاح المال القانوني .

وقد رأينا التشريع المقارن - والفقه في أعقابه - يكاد يلزع كل المصالح القانونية القائمة ، ويعتبرها - كلها أو بعضها - هي المحل القانوني

Rocco, L'oggetto del reato e della tutela giuridica (١) penale, 1913, 267.

رسمي بنام - فكرة القصد وفكرة الغرض والذاتية - مجلة الحقوق س ٦ فقرة ٢ ، ص ٤٥ - ٤٩ .

في التزوير ، وذلك على تفصيل عرضنا بإيجاز خطوطه العامة . وليس في طوق الباحث ولا من حقه أن يعرض للمفاضلة بين مسالك تشريع وغيره ثم يخطيء هذا التشريع أو ذاك ، وإنما عليه أن يتلوع بكل أسباب الحذر ، لأن كل مسالك تشريعي يمكن تبريره اجتماعياً ، فهو من حيث السياسة الجنائية مقبول . وتفسير ذلك أمر يسير ، فالتزوير من حيث الواقع يمكن أن يلحق الضرر أو يهدد بالخطر كل المصالح التي تحدث عنها الفقه وانحاز إليها التشريع ، فهو بطبيعته من الجرائم التي تهدر أو تهدد مصالح قانونية متعددة . وهو من هذه الناحية ليس بدعاً ولا نشأزاً في عالم القانون الجنائي ، فثمة طائفة كبيرة من الجرائم تحمل هذا الطابع . غير أنه لما كانت الجريمة — من حيث الصياغة الفنية — لا يمكن أن توضع إلا في باب واحد من التشريع ، فإن كل مشرع يرى لزماً عليه أن يقارن بين مختلف المصالح القانونية وأن يقلب في النهاية لإحداها ، ثم يضع التزوير بين مجموعة الجرائم التي تماثله في النيل من هذه المصلحة (١) . على أن ذلك ليس من شأنه إطلاق حكم قاطع بأن هذه المصلحة هي وحدها التي شملها القانون بحمايته ، وأن ما عداها قد احتجب أو تلاشى فلم يعد يعنى المشرع في شيء ، وإنما تبقى المصالح الأخرى محل اعتبار ، وإن احتلت مكانة من الدرجة الثانية (٢) . ولا يمكن إغفال واحدة من هذه المصالح إلا إذا كان الأخذ

(١) يرى كرار Carrara أن المعيار الذي يحدد جوهر الجريمة لا يمكن أن يستمد من عناصر عارضة كالاسم أو ماديات الجريمة أو عقوبتها ، وإنما يستمد فحسب من طبيعة الحق المبني عليه ، فإن تمددت الحقوق فالعبرة بالحق الغالب من بينها . وطبق كرار هذا المعيار عندما عالج جريمة التزوير . Carrara, Programma, cit. n. 2365.

(٢) ولهذا السبب يتحفظ بعض الفقهاء ، عند تقدير أهمية المصلحة القانونية التي راعاها المشرع في تبويب الجرائم ، ويرون أن هذا التبويب مخلود الدلالة في تعيين المصلحة القانونية ، فهو لا ينفى وجود مصالح أخرى وضعا المشرع في اختياره ، وعلى المفسر ألا يتجاهلها ، لأن بعضها في المجال الجنائي وزناً يفوق وزن المصلحة التي اعتد بها المشرع في التبويب .

Antolisci, IL problema del bene giuridico, in Scritti di dir. penale, p. 118, 119 Milano, 1955.

بها يؤدي إلى نتائج شاذة لا تستقيم مع مقتضى حماية المصلحة الأساسية . ويحدث مثل هذا التعارض في جريمة التزوير إذا ما أريد الجمع في ظل تشريع واحد بين المصلحة القانونية التي تتمثل في أصالة دليل الإثبات وصحته ، والمصلحة التي يمثلها الحق ذاته والذي يعبر المحرر عنه أو يحميه . فالتشريعات التي تضع التزوير بين الجرائم الماسة بسير العدالة أو بدليل الإثبات تسلم بوقوع الجريمة متى كان الدليل زائفاً في ذاته بغض النظر عن صحة الواقعة موضوع هذا الدليل أو زيفها ، لأن صحة الدليل في تقدير هذه التشريعات مال قانوني في حد ذاته متميز عن الحق الذي يثبته هذا الدليل أو يحميه . أما التشريعات التي تضع التزوير مع النصب في باب واحد فإنها تنتهي حتماً إلى الاعتداد بثبوت الحق أو بعدم ثبوته دون أن تعنى أساساً بصحة الدليل أو زيفه .

٦ - المحل القانوني في التزوير في التشريع المصري :

(١) موقف الفقه والقضاء : يتجلى غموض التشريع المصري في أنه لم يغفل تعريف التزوير فحسب ، وإنما أغفل أيضاً تحديد المصلحة التي وضعها نصب عينيه عندما عاقب عليه ، إذ اكتفى بوضع جرائم التزوير في باب أطلق عليه اسم « التزوير » . وبذلك ترك المجال مفتوحاً للاجتهاد واختلاف وجهات النظر .

ولم يعن الفقه المصري بوجه عام بالتركيز على المحل القانوني في التزوير وإن تحدثت عنه كتب الفقه عرضاً في مواضع متفرقة .^١ وليس فيما كتب ما يدل على أن الآراء متفقة على محل معين في هذا الصدد . فالفقهاء في مصر يتحدثون عن الثقة العامة ، وعن دليل الإثبات ، وعن المصلحة الخاصة (spécifique) التي ترتبط بالمحرر والتي يضر بها التزوير . ومن السير علينا أن نرسم صورة دقيقة واضحة المعالم ننسبها إلى الفقه المصري بوصفها نظريته العامة أو نظريته السائدة ، لأن فكرة المحل القانوني في ذهنه ليست غمורה فيما يبلو والاعتقاد بجلوها غير راسخ . ومن الإنصاف أن نعترف

بأن إهمال الفقه المصرى لفكرة المخل القانونى بصفة عامة ، ولهذا المخل فى التزوير بصفة خاصة ، ليس قصوراً غامياً مجتمعاً على تخطيطه ، فهناك اتجاه فقهي يتزعمه بعض أساتذة القانون الجنائى ينتقد هذا الحرص الشديد على العناية بالمخل القانونى ، ويرى كل جهد يبذل فى هذا السبيل جهداً عقيماً لا طائل منه . وحجته أن هذا المخل ، بفرض معرفته ، قد يفسر لنا لماذا عاقب القانون على الفعل بوصفه جريمة ، ولكنه لا يحدد لنا ماهية هذه الجريمة (١) . ولعل الفارق الوحيد بين هذا الاتجاه الفقهي وبين مسلك الفقه فى مصر أن الأول يغفل المخل القانونى عن إيمان علمى بعدم جدواه ، أما إهماله عندنا فهو — فيما نعتقد — إهمال غير مبرر .

ونلاحظ أن فكرة الثقة العامة تكاد تسيطر على الفقه المصرى ، ويشير إليها بعض الشراح عند حديثهم عن التزييف ، وإن كانوا ينزلونها المنزلة الأخيرة بين جلة المصالح التى يحميها القانون (٢) . أما فى التزوير فلا يعنون بها كقاعدة ، وإن كانت تبدو واضحة جلية عند معالجتهم التزوير فى المحررات الرسمية . غير أن من الفقهاء من يواجه الثقة العامة صراحة ويجعل لها وزناً كبيراً فيعتبرها محور التزييف والتزوير ، ويطلق على هذه الجرائم اسم *المخلة بالثقة العامة contre la foi publique* (٣) .

أما عن علاقة التزوير بفكرة الإثبات فقد انقسم الفقه المصرى قسمين :

Carnefutti, Teoria del falso, cit., p. 2.

(١)

(٢) أحمد أمين — المرجع السابق ص ١٤٧ ، السيد مصطفى — جرائم التزوير فى القانون المصرى — ١٩٥١ ص ١١ .

(٣) محمود محمود مصطفى — شرح قانون العقوبات . القسم الخاص ١٩٦٤ ، ص ٧٩ ، أحمد قصى سرور — الجرائم المقررة بالمصلحة العامة ١٩٦٣ ص ٣٠٤ و ٣٠٦ و ٣٢٢ وما بعدها وهو يركز أساساً على الثقة العامة باعتبارها المصلحة المباشرة التى تشملها الحماية الجنائية المقررة فى مواد التزوير ويعلن أن هذه الثقة لا تقتصر على المحررات الرسمية فحسب ، وإنما تشمل المحررات العرفية مثل بسواه .

قسم يرى أنها لا يرتبطان ارتباط لزوم (١) ، وقسم يرى أن التزوير لا ينشأ عن فكرة الاثبات (٢) . على أن أصحاب المنهج الأخير لا يتخذون من فكرة الاثبات بديلاً من الثقة العامة ، ولكنهم يلجأون إليها باعتبارها ضابطاً لهذه الثقة ، أو مرادفاً لها أكثر دقة وتحديدًا ، أو نتيجة حتمية من نتائجها . وليس هذا الاتجاه في مصر إلا صدى لنظرية الفقيه الفرنسي «جارو» في هذا الشأن (٣) .

أما المصلحة الخاصة spécifique التي أنشأها المحرر لحمايتها أو لإثباتها ، فالنقطة في مصر يجمع على التسليم بها من حيث المبدأ ، ويظهر ذلك واضحاً من إدراج الضرر ركناً في الجريمة أو عنصراً من عناصرها (٤) . على أن الفقه في مصر يقصر مجال هذه المصلحة على جرائم التزوير في المحررات العرفية ، أما المحررات الرسمية فسلكه حياها يقطع بأنه يعتبر أساس التجريم في تزويرها ما ينطوي عليه الفعل من إخلال بالثقة العامة فحسب ، ولذلك لا يشترط الضرر الخاص فيما يقع من تزوير في هذه المحررات .

(١) أحمد أمين - المرجع السابق ص ٢٢٣ وما بعدها ، السيد مصطفى - المرجع السابق ص ١٣٢ وما بعدها ، محمود مصطفى - المرجع السابق ص ١٤٧ ، رؤوف حيد - جرائم التزوير ١٩٥٤ ص ٩٠ وما بعدها .

(٢) عبد المهيمن بكر - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ١٩٦١ ص ١٨٤ وما بعدها ، فتى سرور - المرجع السابق ص ٣١٦ وما بعدها .

Garraud, III, No. 1021.

(٣)

(٤) يتعارض بعض الشراح في مصر على اعتبار الضرر ركناً أو مجرد عنصر في جريمة التزوير ، ولذلك يفتلونه تماماً عند تحديد أركانها وبيان عناصرها (فتى سرور - المرجع السابق ص ٣٠٨ وما بعدها) . ولكن الاعتراض في الواقع يكاد يتحدد من القيمة صلباً لأن صاحبه يسلم بأن الضرر أثر لتغيير الحقيقة في محرر يحمي القانون ، ومن أجل هذا كان شرط الضرر في اعتقاده غير منتج ، إذ يمكن الاستثناء عنه بشرط المحرر الذي يجب أن يتوفر فيه مظهر قانوني يولد الثقة حتى يحظى بحماية القانون . فالضرر طبقاً لهذا الرأي وإن كان لا يمثل دوراً متميزاً في هيكل جريمة التزوير إلا أنه مع ذلك لازمة من لوازمها يتضمنها بالضرورة « تغيير الحقيقة في محرر » . و على الرغم مما يمكن توجيهه إلى هذا الرأي من نقد ، فحسبنا منه هنا أنه لا يشك من حيث الجوهر عن الإجماع المنعقد على لزوم الضرر .

وفهم الفقه المصلحة الخاصة - في تزوير المحررات العرفية - بمعناها الواسع ، فلا يقصرها على المصالح المالية فحسب ، بل يجعلها شاملة لكل مصلحة قانونية مرتبطة بالمحرر ، سواء كانت مادية أو أدبية . ولذلك يجرى الفقه عند معالجة الضرر على تقسيمه إلى ضرر مادي وضرر أدبي ويسوى في الحكم بين النوعين .

أما القضاء المصري فقد جرت أحكامه باطراد على أن الاختلال بالثقة العامة يكفي وحده في تزوير المحررات الرسمية ، بغض حجة إلى وقوع ضرر خاص بفرد من الأفراد أو بالدولة . ومعنى ذلك أن قضاةنا يعتبر الثقة العامة وحدها أساس التجريم بالنسبة للمحررات الرسمية ، أما المحررات العرفية فإن مسلكه بالنسبة لما يقع فيها من تزوير يدل على أنه يعتبر المصلحة المرتبطة بالمحرر هي أساس التجريم ، ولذلك يصر على ضرورة وقوع أو احتمال وقوع الضرر بها . ومفهوم هذه المصلحة لدى القضاء يطابق مفهومها لدى الفقه ، فهي قد تكون مادية أو أدبية . غير أن أحكام القضاء عندنا تضطرب عند ما تنصلى لتحديد صفة هذه المصلحة من حيث علاقتها بالقانون ، فهي تارة تشرط أن تكون المصلحة قانونية ، وتارة أخرى تكفي بمجرد المصلحة الواقعية (١) . وهذا التردد في تقديرنا ليس إلا أثراً من آثار فكرة الإثبات لم تستطع محاكمنا بعد أن تبرأ منه .

(١) أمثلة من أحكام القضاء تشرط في المصلحة المعنى عليها أن تكون مصلحة قانونية : هـ لعقاب حل التزوير ، لانتفاء الضرر ، إذا كان ماثبت بالمحرر حاصلًا لاثبات التخلّص من أمر مسلم بالخلو منه هـ نقض ١٧/٥/١٩٣٧ ، مج ق. ق. ١ ص. ٣٦٢ قاعدة ١٩٠ ، «إن الاحتجاج بقول بعض علماء القانون بانعدام الضرر في جريمة تزوير المحرر العرفي متى كان هذا المحرر قد زور بغية الوصول إلى حق ثابت شرعاً ، هذا الاحتجاج لا يجدي إلا إذا كان الحق الذي اصطنع المحرر لاثباته ثابتاً بطريق قاطع يوم اصطنع هذا المحرر ولم يكن ثم نزاع بشأنه» نقض ٢٣/٥/١٩٣٣ ، المرجع السابق ، قاعدة ١٨٦ .

أمثلة من أحكام القضاء تكفي في وقوع التزوير بالمصلحة الواقعية « إن مجرد اصطناع المتهم سنداً يدين له على آخر يعد تزويراً متى توافرت باقي أركان الجريمة ، ولا يغير من ذلك أن يكون الدين الوارد بالسند صحيحاً في الواقع إذ أن ذلك فيه تغير للحقيقة من ناحية الطريقة القانونية التي تثبت الحقوق بها» نقض ٢٤/٢/١٩٤١ المرجع السابق ص ٣٦٣ ، قاعدة ١٩٦ ، «إذا زور =

(ب) تحديد الفعل القانوني في التزوير في التشريع المصري :

لم يفصح المشرع المصري عن المصلحة القانونية في جرائم التزوير ، وإنما سلك مسلك مسلك التشريعات التي جمعت هذه الجرائم في باب واحد أطلقت عليه اسم «التزوير» . ومع ذلك فإن باستطاعة الباحث أن يستخلص هذه المصلحة عن طريق الاستعانة بدلالة التيوب واستقراء النصوص .

وأول ما يسترعى النظر هو سياق جرائم التزوير في التشريع المصري ، فقد وردت هذه الجرائم جميعاً في باب واحد هو الباب السادس عشر من الكتاب الثاني . وهذا الكتاب بأكمله مخصص للجرائم المضرة بالمصلحة العامة . ووضع التزوير في هذا الباب يكشف ضمناً عن نظرة المشرع إليه ، فهو يراه في المقام الأول اعتداء على حق أصيل ثابت للمجتمع مباشرة ، سواء كان محله محرراً رسمياً أو محرراً عرفياً . ولو كانت نظرة الشارع إليه غير ذلك لادمج بعض أحكامه في الكتاب الثالث الذي خصصه لجرائم الأشخاص والأموال :

أما ماهية هذا الحق فيمكن الاهتداء إليها باستقراء نصوص الكتاب الثاني ، بما في ذلك نصوص التزوير . ونلاحظ أولاً أن المشرع جمع في الباب السادس عشر جرائم التزوير التي تقع من موظف عام وتلك التي تقع من غيره ، ولم يسلخ النوع الأول ويضمه إلى جرائم الموظفين كما فعلت بعض التشريعات الأجنبية . وهذا المسلك يدل على أن المصلحة القانونية — أو على الأقل المصلحة الأساسية — في تزوير كافة المحررات واحدة . كذلك فإن التشريع المصري لم يستحدث باباً للجرائم الماسة بسير العبالة أو بأدلة الإثبات كما فعلت تشريعات أخرى ، وإنما وزع الجرائم التي قد تحدث هذا الأثر على أبواب متفرقة ، فم مسلكه هنا على أنه لا يرجع

= الدائن سنداً لإثبات الدين الذي له في ذمة مدينه فانه يكون مرتكباً لجريمة التزوير ، لأنه يفعله هذا إنما يخلق لإثبات دينه دليلاً لم يكن له وجود ، الأمر الذي يسهل له الوصول إلى حقه ، ويجعل هذا الحق أقل عرضة للمنازعة ، وهذا من شأنه الإضرار بالمدين « فقض ١٩٤١/١١/٢٤ . المرجع السابق ص ٣٦٣ قاعلة ١٩٧ .

العقاب على التزوير بصفة أساسية إلى التفرير بجهاز العدالة أو إلى العبث بأدلة الإثبات .

وإذا استبعدنا هذه المصالح فقد ثبتت لدينا الثقة العامة ، وهي في اعتقادنا المصلحة القانونية التي استهدف الشارع حمايتها بصفة أساسية عندما عاقب على التزوير . والثقة العامة شعور نابع من طبيعة الحياة في مجتمع وما جرى عليه العرف . فأفراد المجتمع مضطرون إلى أن يضعوا قدراً من الثقة في أشياء معينة حتى تنتظم أمورهم وتستقر حياتهم ، ومن أمثلة ذلك النقود والشعارات والعلامات والمحركات ، فهي أشياء لا يستطيع الناس أن يتجنبوها فيما ينشأ بينهم من علاقات وإلا تعقدت حياتهم وتجمدت مصالحهم . ولهذا السبب تعتبر الثقة العامة في نظر القانون مصلحة جديرة بالحماية يعاقب من ينتهكها (١) . ويقوى لدينا الاعتقاد بصحة هذا الاستنتاج متى لاحظنا أن الشارع المصرى قرن التزوير بالتزيف ، فجعل الباب الخامس عشر خاصاً بالتزيف والباب السادس عشر خاصاً بالتزوير . ولا يمكن أن يكون في تزيف العملة إخلال بسير العدالة ولا عبث بأدلة الإثبات ، وإنما الجامع بين التزيف والتزوير أن كلا منهما اعتداء على ثقة وضعها الكافة في أمور خارجية معينة ألجأتهم ضرورات الحياة الاجتماعية إلى وضعها فيها .

ولكن هل الثقة العامة وحدها هي ما يحميه القانون بالعقاب على التزوير ؟ ألا يحتمل التشريع المصرى أن نضع بجانبها مصلحة أو مصالح أخرى ؟

جرى الفقه والقضاء في مصر — كما قدمنا — على أن هناك مصلحة أخرى ينال منها التزوير ، أو أنواع معينة منه ، وهي المصلحة التي ترتبط

(١) Carrara, Programma, cit., n. 3356, 3357; Manzini, Trattato di diritto penale, VI, p. 436, 437; Mancini, Il concetto di fede pubblica nei reati di falso, in Sc. posit., 1930; Antolisei, cit., p. 452-455.

بالمحرر المزور . ولكن الفقه والقضاء لم يفصحا عن السند القانوني لهذا الرأي ، ونحن لا نشك في صحة ما ذهبنا إليه ، ونحسب أن في وسعنا تبرير ذلك قانوناً .

وأول ما نلاحظه في هذا الشأن أن التشريع المصري مستمد من التشريع الفرنسي ، بل إن نصوص الزوير عندنا تكاد تكون ترجمة كاملة لنصوص الزوير في التشريع الفرنسي . وهذا التشريع أسبق في الزمن من تشريعاتنا بعشرات السنين . وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا منذ وقت طويل على أن الزوير يلحق الضرر بمصلحة أخرى غير الثقة العامة أو يهدد تلك المصلحة . وهما يعنيان بذلك المصلحة المرتبطة بالمحرر المزور . ويبدو أن التشريع المصري لم يشأ تقنين ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا ، وأثر أن ينقل النصوص القانونية في التشريع الفرنسي كما هي ، اعتماداً على أن الآراء والحلول التي رسيخت في فرنسا في ظل هذه النصوص يمكن التوصل إليها والأخذ بها في مصر أيضاً . ولم يجب ظن المشرع المصري ، وإنما صح توقعه ، فقد إطرد الفقه والقضاء في مصر منذ بدأ العمل بأول تقنين جنائي على الأخذ بما انتهى إليه الأمر في فرنسا .

ولا شك في أنه من العسير علينا أن نلتمس لهذا النوع من الضرر سنداً صريحاً من عبارات التشريع ذاته ، بل إن محاولة ذلك ليست الاضرباً من التعسف والافتعال .

على أنه إذا كان الأمر يبدو عسيراً من هذه الناحية ، فإن السياسة التي اتبعها الشارع في باب الزوير تفضي بطريق منطقي إلى وجوب التسليم بهذا الرأي . فلو كانت الثقة العامة هي وحدها كل ما يحرم الشارع على حمايته ، لكان من مقتضى ذلك أن تكون عقوبة الزوير واحدة في جميع الأحوال . ولكن الثابت أن عقوبة الزوير تختلف ، لا باختلاف نوع المحرر فحسب ، بل تختلف أيضاً في نطاق كل نوع . هوذا ساغ تبرير اختلاف العقوبة بين تزوير المحررات الرسمية والمحررات العرفية بدعوى أن الثقة العامة في الأولى أكبر منها في الثانية ، فإن تبرير هذا

الاختلاف في نطاق كل نوع يبدو عسيراً إذا التزمنا ضوابط الثقة العامة وحده :
فالمادة ٢١١ من قانون العقوبات تنص على عقاب الموظف العمومي بالأشغال
الشاقة المؤقتة أو بالسجن إذا ارتكب أثناء تأدية وظيفته تزويراً في محرر
رسمي ، ومع ذلك فإن المادة ٢٢٠ من هذا القانون تعاقب الموظف العمومي
بالحبس مدة لا تزيد على سنتين إذا أعطى تذكرة سفر أو تذكرة مرور
باسم مزور مع علمه بذلك . كما أن المادة ٢١٢ تعاقب غير الموظف بالأشغال
الشاقة المؤقتة أو بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات إذا ارتكب تزويراً
في محرر رسمي (١) ، ومع ذلك فإن المادة ٢١٦ تعاقب من تسمى في تذكرة
سفر أو في تذكرة مرور باسم غير اسمه الحقيقي بالحبس مدة لا تزيد
على سنتين أو بغرامة لا تزيد على عشرين جنياً ، كما أن المادة ٢١٧ تعاقب
من صنع تذكرة مرور أو تذكرة سفر أو زور في ورقة من هذا القبيل
كانت صحيحة في الأصل بالحبس أو بغرامة لا تزيد على عشرين جنياً .

فعلی الرغم من أن المحررات التي عنها المواد المتقدمة هي محررات
رسمية بلا خلاف ، وأنها - بهذه المثابة - تحظى لدى المجتمع بدرجة
كبيرة من الثقة لا تقل عما تحظى به سائر المحررات الرسمية ، فقد جعل
القانون تزويرها صورة مخففة ، وقرر لها عقوبة تلوح هينة إذا ما قورنت
بالعقوبة التي كانت خفيفة بأن توقع على المزور بحسب الأصل .

ومن جهة أخرى فإن المادة ٢١٥ من قانون العقوبات تنص على عقاب
من يرتكب تزويراً في محرر عرفي بالحبس مع الشغل ، ومع ذلك فقد
استحدث المشرع في سنة ١٩٦٢ مادة جديدة هي المادة ٢١٤ مكرراً ،
عاقب فيها بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنين كل من زور في محرر
لإحدى الشركات المساهمة أو لإحدى الجمعيات التعاونية أو النقابات المنشأة طبقاً
للقانون أو لإحدى المؤسسات أو الجمعيات المعتبرة قانوناً ذات نفع عام ، ورفع

(١) كذلك فإن المادة ٢٠٦ تعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة أو بالسجن من زور قانوناً
أو قراراً جمهورياً أو سنداً صادراً من خزينة الحكومة أو فروعها .

عقوبة السجن إلى عشر سنين إذا وقع التزوير في محرر لشركة أو جمعية أو مؤسسة أو منظمة أو منشأة تسهم النولة أو إحدى الهيئات العامة في مالها بتصيب ما بأية صفة كانت ، وهذه المحررات بدورها عرفية ، إذ هي لا تصدر عن موظف عام مختص ، وإنما يصدرها أصحاب الشأن من الأفراد . ومن هنا فإن قدر الثقة الذي تحظى به لدى الكافة لا يمكن أن يرقى بحال إلى مستوى الثقة التي يضعها المجتمع في المحررات الرسمية ، ومع ذلك فقد شدد القانون عقوبة التزوير فيها على النحو المتقدم :

فعلام يدل هذا كله ؟ محررات رسمية يعاقب على التزوير فيها بعقوبة الجنحة ، ومحررات عرفية يعاقب على التزوير فيها بعقوبة الجنابة ، أليس ذلك دليلاً على أن المشرع يعتد - إلى جانب الثقة العامة - بالمصلحة التي يمثلها المحرر أو يحميها ، وأنه بسبب هذه المصلحة يخفف عقوبة التزوير في بعض المحررات الرسمية ويشدد هذه العقوبة بالنسبة لبعض المحررات العرفية ؟ لا مفر من التسليم بهذه النتيجة والا كان التباين في عقوبة التزوير تحكماً تشريعياً عليه الهوى ولا يعتمد على أساس منطقي سليم .

ونخلص من كل ما تقدم إلى أن التزوير من الجرائم التي تمس بأكثر من مصلحة قانونية . وأول مصلحة تمس بها التزوير هي الثقة العامة سواء وقع التزوير في محرر رسمي أو عرفي ، أما المصلحة الأخرى فإنها تختلف من حال لأخرى ، وهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمحرر الذي وقع فيه التزوير ، سواء كان محرراً رسمياً أو عرفياً .

المبحث الثاني

أركان التزوير

٧ - تعريف التزوير وبيان عناصره : يجرى الفقه والقضاء في مصر وفرنسا على تعريف التزوير بأنه « تغيير الحقيقة في محرر باحدى الطرق المبينة في القانون تغييراً من شأنه إحداث الضرر » . ومن هذا التعريف يمكن

القول بأن عناصر (١) التزوير هي : تغيير الحقيقة ، والحرر ، والطريقة ، والضرر ، ثم القصد الجنائي . ولما كان القانون لم يشتمل على تعريف محدد للتزوير ، فإن التعريف المتقدم لا يرتكز بأكمله على عبارة القانون ، وإنما هو - في جانب كبير منه - اجتهاد فقهي لا يمكن قبوله بصورته هذه ، ولا تحديد مفهوم كل عنصر من عناصره إلا على ضوء المصالح القانونية التي توخى الشارع حمايتها حين عاقب على التزوير . وبهذا المنطق نفسه سنتناول في عمالة عناصر التزوير كلا على حدة - فيما عدا القصد الجنائي بطبيعة الحال - وبالقدر الذي يخدم أغراض هذا البحث .

٨ - أولاً : تغيير الحقيقة : التزوير لغة هو تحسين الكذب وتزيينه فهو في جوهره تغيير للحقيقة . ويقصد بالتغيير ابتداع حقيقة مناقضة للواقع في أساسها ، أو تحريف حقيقة قائمة بتغيير بعض جوانبها أو شيء من تفاصيلها ، ولا يعد من هذا القبيل ما يدخل على الحقيقة من زيادة أو ما يطرأ عليها من نقصان إذا لم يكن من شأن ذلك إبدالها بغيرها . فالملوث لا يعتبر مزوراً إذا أضيف إلى الحرر عبارة تزيد المعنى الذي أراده المتعاقدان وضوحاً ، أو إذا حذف منه عبارة مكررة أو لفظاً زائداً . ذلك لأنه ليس كل تغيير مادي أو معنوي في كتابة الحرر يعد بالضرورة تغييراً للحقيقة التي حرص القانون على حمايتها من العبث ، وإنما التغيير المحظور هو وحده الذي يترك الحقيقة في جوهرها مختلفة عما كانت عليه .

وقد يكون تغيير الحقيقة دقيقاً متقناً ، وقد يكون ظاهراً مفوضاً ، وهو في الحالتين تغيير للحقيقة بالمعنى العام . غير أنه في الحالة الثانية ، وباتفاق

(١) نقول «عناصر» لا «أركان» ، لأن الفقه يختلف حول تحديد هذه الأركان على الرغم من اتفاقه أو اتفاق الأغلبية الساحقة منه على عناصر التزوير . فالرأي السائد فقهاً يدخل الضرر ضمن مكونات جريمة التزوير ، وإنما يثور الخلاف حول ما إذا كان هذا الضرر عنصراً في الركن المادي أو ركناً قائماً بذاته ومستقلاً عنه . والخلاف على هذه الصورة لا يعنيني في هذا المجال كثيراً لأنه يخلو من شك .

الفقه والقضاء ، لا يعتبر تزويراً ، لأن التزوير يعنى الخداع ، فهو إيهام الغير بما ليس حقاً . وإذا لم يكن التزوير على درجة من الإتيان والحبكة تكفى لخداع بعض الناس ، فانه لا يكون تزويراً بالمعنى المقصود فى قانون العقوبات (١) . وهذه النتيجة ليست إلا أثراً من آثار الثقة العامة ، لأن التزوير المفضوح لا يشفر محرراً يحظى بثقة الكافة .

وقد يكون تغير الحقيقة متقناً يخفى على الكافة ، ومع ذلك لا يعد تزويراً . فالصوربة تنطوى على تغير الحقيقة باتفاق المتعاقدين للإيهام بوجود عقد لا وجود له ، أو لإخفاء طبيعة العقد المتفق عليه ، أو بعض الشروط المنصوص عليها فيه ، ولكنها فى اعتقادنا لا تعتبر تزويراً ولو كان من شأنها إلحاق الضرر بالغير . وقد تباينت فى هذا الأمر آراء الفقهاء . وينسب جانب من الفقه فى مصر إلى وجوب التفرقة بين الصوربة المصاحبة لإنشاء المحرر والصوربة اللاحقة على إنشائه ، وإلى نفي صفة التزوير عن الأولى ونسبتها على الثانية (٢) . ولدينا أن هذه التفرقة تحكم خلاص يعوزه المنطق والسند القانونى (٣) . فمن المسلم به أن النظام القانونى بناء متكامل ووحدة متماسكة ، فإذا أقر فرع من فروع القانون سلوكاً معيناً فإنه القانون الجنائى لا يناله بالتأثير ، إذ يستحيل أن يكون السلوك الواحد مشروعاً ومحظوراً فى وقت واحد . والصوربة من النظم التى تعرض لها القانون المدنى فلم يصدر عليها حكماً بعدم المشروعية ، بل نظم أحكامها ، ورتب عليها عليها فى بعض الحالات آثارها القانونية باعتبارها تصرفاً قانونياً صحيحاً .

(١) نقض ١٩٣٣/١١/١٣ مج ق.ق. ج ١ ص ٣٤١ قاعدة ٤٠ .

(٢) السيد مصطفى ص ٩٢ ، على راشد ص ٢٤٨ ، رؤوف جيد ص ٦٣ ، قصى سرور ص ٣٧٧ .

(٣) راجع عبد المهيمن بكر ص ١٧٦ حاشية ١ ، وهو ينسب على التفرقة بين حالتى الصوربة أنها غير قانونية ، ويرى وجوب المساواة بينهما فى الحكم والوقوف فى الإدانة أو البراءة عند تعلق التنوير بحقوق الغير أو بخلاص حقوق الأطراف ، وذلك لأن الأصل أن حق الغير لا ينشأ من ذات الورقة وإنما من حقيقة الاتفاق . فعدم مطابقة الورقة من البداية الحقيقة ينال من حق الغير ، كما ينال منه التنوير فى ورقة كانت مطابقة للحقيقة ثم غير الأطراف فيها .

ولا يثور الخلاف في القانون المدني حول مشروعية التصرف الصوري أو عدم مشروعيته - على الرغم من أنه مخالف للحقيقة - ، وإنما ينحصر كل الخلاف حول نفاذ هذا التصرف أو عدم نفاذه . وقد واجه القانون المدني هذه المشكلة ، فوضع العقد الصوري والعقد الحقيقي في كفتي ميزان ، ورجح كفة الأول في حالات وكفة الثاني في حالات أخرى ، وتجبل ما استقر عليه في المادتين ٢٤٤ و ٢٤٥ (١) .

وسواء رجحت كفة العقد الصوري عند التنفيذ أو شالت ، فالأمر الذي لا شك فيه أن العقد الصوري تصرف قانوني صحيح ، وفي هذا ما يكفي لكي تنحسر عنه نصوص التزوير في قانون العقوبات ، لأن من يرم تصرفاً صورياً إنما يمارس عملاً مشروعاً ، أقر به القانون المدني . ولا يمكن أن يضمن قانون العقوبات على هذا العمل صفة عدم المشروعية ، ولو لحق الغير من ذلك ضرر ، بل ولو اتجهت نية العاقدین إلى ذلك مادام العقد يعتبر صحيحاً في نظر القانون المدني .

٩ - ثانياً : المحرر : لا يعاقب القانون على الفعل بوصفه تزويراً لمجرد أنه ينطوي على تغيير في الحقيقة ، وإنما يكون الفعل تزويراً حين يقع هذا التغيير في محرر أو محرر . وليس في القانون تعريف للمحرر ، والخلاف قائم في الفقه والقضاء حول تحديد فكرته . ويرجع جانب كبير من مشاكل التزوير إلى هذا الخلاف . ويعرف المحرر في الفقه المصري بأنه كل مسطور يتضمن علامات ينتقل بها الفكر من شخص إلى آخر لدى النظر إليها (٢) . وهذا التعريف لغوي خالص لا يستقيم عندنا عمال

(١) تنص المادة ٢٤٤ من القانون المدني على أنه : ١ - إذا أبرم عقد صوري فلداق المتعاقدين والخلف الخاص ، متى كانوا حتى النية ، أن يتسكوا بالعقد الصوري ، كما أن لم أن يتسكوا بالعقد المستر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد التي أمر بهم . ٢ - وإذا تمارست مصالح ذوي الشأن فتسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستر ، كانت الأفضلية للأولین .

وتنص المادة ٢٤٥ على أنه إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي .

(٢) أحمد أمين ص ١٨٧ ، السعيد مصطفی ص ٩٤ ، محمود مصطفى ص ١٣١ .

أحكام التزوير ، لأنه يقف عند شكل المحرر ولا يحاول النفاذ إلى جوهره ولبه ، وهو من أجل هذا تعريف غير مانع يدخل في زمرة المحررات مالم يس منها في تطبيق أحكام التزوير . ولو سلمنا به لكانت الأعمال الأدبية والعلمية والوثائق الأثرية محررات يمكن أن تكون محلاً للتزوير ، وهذا ما لا يقره أحد . وقد حاول بعض الفقهاء في مصر أن يتخطوا هذا الحاجز الشكلي وأن ينفذوا إلى مضمون المحرر ، فاعتنقوا نظرية «جارو» واشترطوا في المحرر - فضلاً عن مظهره الشكلي - أن يكون صالحاً لإثبات حق أو واقعة ذات أثر قانوني ، وأن يقع التزوير في بيان من بياناته الجوهرية (١) . وفضل هذا الرأي في إضفاء مضمون على المحرر لا يبعد ولكننا مع ذلك لا نرحب باتباعه . فالربط بين المحرر ودليل الإثبات عديم الجدوى من جهة ، ويزيد الأمور تعقيداً من جهة أخرى . أما أنه عديم الجدوى فلأن الدليل ليس غاية في ذاته ولكنه وسيلة لإثبات حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه . ولست نجد ما يدعونا إلى الأخذ بفكرة الدليل - ونحن في معرض تعريف المحرر - دون الأخذ مباشرة بفكرة الحق الذي يثبت ، وأما ما ينطوي عليه هذا التعريف من تعقيد فيبدو واضحاً عندما يراد تحديد معنى صلاحية المحرر للإثبات . فقد قيل إن الأمر لا يقتضي أن يكون المحرر دليلاً كاملاً أو ناقصاً طبقاً لأحكام القانون المدني ، وإنما يكفي أن يولد عند من يقدم له عقيدة مخالفة للحقيقة (٢) . وانتقد هذا القول بحق بأنه يخرجنا من مجهول إلى مجهول ، فبعد أن كنا نسأل أنفسنا متى يكون التزوير في المحررات معاقباً عليه ، أصبحنا وقد عرضت لنا مشكلة أخرى ، وهي متى يكون للمحرر من قوة الإثبات (في نظر جارو) ما يجعله صالحاً لأن يتخذ أساساً لدعوى أو للمطالبة بحق (٣) .

(١) عبد المهيمن بكر ص ١٨٠ وما بعدها ، قسى سزور ص ٣١٦ وما بعدها .

(٢) Garraud, IV, 1363. عبد المهيمن بكر ص ١٨٤ ، وانظر نقض مصرى ١٩٤٤/٤/١٠ مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٢٣٧ قاعدة ١٩ .

(٣) أحمد أمين ص ٢٣٦ و ٢٣٧ .

وأفضل تعريف للمحرر في رأينا هو أنه كل مكتوب يفصح عن شخص من أصله ، ويتضمن سرداً لواقعة أو تعبيراً عن إرادة يترتب عليها إنشاء مركز قانوني أو تعديله أو نقله أو انقضاؤه ، سواء أعد المحرر لذلك ابتداء أو ترتب عليه هذا الأثر لسبب آخر . وقد يقع التزوير في شكل المحرر باستاده إلى غير مصادره ، أو في مضمونه بتغيير بعض ما اشتمل عليه .

١٠ - **ثالثاً : طريقة التزوير :** يرى الفقه أنه لا يكفي لاعتبار المحرر مزوراً أن تكون الحقيقة المثبتة فيه قد غيرت بطريقة ما . وإنما يجب أن يكون التغيير قد حصل بطريقة من الطرق المبينة في المادتين ٢١١ و ٢١٣ من قانون العقوبات . ويعمل الفقهاء ذلك بمرص المشرع على حصر الدائرة التي يعتبر فيها تغيير الحقيقة تزويراً معاقباً عليه ، لأنه بغير ذلك يصح أن يعد كل كذب في محرر تزويراً ، وليس هذا ما أراده الشارع (١) .

والذي نراه أن هذا الشرط غير لازم ، ولذلك فنحن لا نعتبره ركناً من أركان التزوير ولا عنصراً أساسياً فيه ، ونستند في ذلك إلى أسباب ثلاثة :

(١) أن الفقه أضاف التقليد والاصطناع إلى طرق التزوير ، بالرغم من أن أياً منهما لم يرد في المادتين ٢١١ و ٢١٣ اللتين يبينتا طرق التزوير ، وإنما استعارهما الفقه من المواد ٢٠٦ و ٢٠٨ و ٢١٧ و ٢٢١ ثم عمهما على كل أنواع التزوير في المحررات . ولسنا نعتقد أن الفقه قد تجاوز حدود التفسير عندما أضاف التقليد والاصطناع إلى طرق التزوير ، فعبارة القانون لا تدل صياغتها على أنها أوردت هذه الطرق على سبيل الحضر ، إذ تعاقب المادة ٢١١ كل موظف ارتكب تزويراً في أوراق رسمية سواء كان ذلك بوضع إمضاءات أو اختتام مزورة أو بتغيير المحررات أو الاختتام أو الإمضاءات أو بزيادة كلمات .. الخ . كذلك فإن صياغة المادة ٢١٣

(١) أحمد أمين ص ١٩٠ ، محمود إبراهيم اسماعيل ص ٢٤٤ .

تتبع نفس الأسلوب . وهذه الصياغة بمفاهيم اللغة لا تعنى سوى التسوية بين مختلف الطرق التي أشارت إليها ، ولكنها لا توجب وقوع التزوير بأحدها . ولذلك فنحن نفهم كلا من المادتين على أنها تعاقب على التزوير سواء ارتكب بهذه الطريقة أو بتلك . ولو سلمنا بغير ذلك لكان موقف الفقه بالغ الحرج ، فكيف يتسنى له القول بورود طرق التزوير على سبيل الحصر ثم يسدح لنفسه بعد ذلك أن يقدم عليها طرقاً أخرى لم ترد في المادتين ٢١١ و ٢١٣ .^٤

(٢) أنه بعد إضافة التقليد والاصطناع لم تعد ثمة وسيلة أخرى يمكن أن يقع بها التزوير ، فطرق التزوير التي أحصاها الفقه تستغرق تماماً كل احتمالات التزوير ، ومن ثم فقد أصبح التشبث بوجهة النظر التقليدية عديم الجدوى .

وقد يعترض على ذلك بأن تغيير الحقيقة يصبح أن يقع بالانلاف (١) أو بالإخفاء ، وأنه لا عاصم من اعتبار الفعل في الحالين تزويراً إلا إذا سلمنا بورود طرق التزوير على سبيل الحصر . ولنا نرى مروراً لهذه الحشية ، لأن التزوير يفترض وجود حقيقتين : إحداهما أصيلة والأخرى زائفة ، وهذه الأخيرة هي التي يجب أن يشتمل عليها المهرر ، أما الحقيقة الأصيلة فيستوى أن تكون ثابتة في محرز ثم يدر كها التغير ، أو أن تكون غير ثابتة فيه أصلاً ثم يقلد لها أن تستقر في محرز على يد مزور فيعجز عنها ما شاء من تغيير . وإذا أتلّف المهرر أو أخفى فليس في الأمر تزوير ، لأن المهرر في هذه الحالة يكون متجرداً من القدرة على الإبانة والتعبير .

وهذه النتيجة فرع من المصلحة القانونية في التزوير ، فاللغة العامة تهتز حين يبرز إلى الوجود محرر يضم حقيقة زائفة يخذع الناس بمظهرها ؛

(١) نرى هذا النوع من الإتلاف إعدام المهرر كله أو إتلاف جزء أساسي منه يحول دون الاستفادة بباقيه . أما إتلاف جزء منه بالقطع أو بالتمزيق فانه يصبح أن يكون تزويراً إذا كان ما بقي من المهرر يسمح بالاستفادة منه وتوفرت بجانب ذلك سائر عناصر التزوير .

ولكنها لا تنهز على هذا النحو حين يتلف الشخص محرراً صحيحاً أو يخفيه ، لأن الحقيقة التي يشتمل عليها المحرر مستحجب ، أما الحقيقة التي ستحل عليها فلن تنال من الثقة العامة شيئاً ، لأنها لا تستند إلى محرر يحوز الثقة ، وإنما هي تستمد قوتها من عدم وجود محرر يثبت عكسها ، أو هي بعبارة أخرى حقيقة أساسها الاستصحاب وليس المحرر .

(٣) وأخيراً فثمة طريقة أدرجها الفقه في عداد طرق التزوير وهي وحدها تستوعب كل ما عداها وتغني عنها جميعاً ، ويستحيل معها القول بورود تلك الطرق على سبيل المحصر . فقد نصت المادة ٢١٣ على عقاب كل من «غير بقصد التزوير موضوع السندات أو أحوالها في حال تحريرها المختص بوظيفته ... يجعله واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة ...» ، وهذه الصورة في حقيقتها ليست طريقة من طرق التزوير ، وإنما هي التزوير ذاته ، فهل التزوير بوجه عام إلا يجعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة ؟ وهل لا تغني هذه الطريقة وحدها عن التقليد والاصطناع وسائر الطرق الأخرى ؟ (١) :

١١ - وإباً : القصر : ليس في نصوص التزوير ما يفيد صراحة

(١) ويدعم هذا الرأي أن الفقه والقضاء في مصر متفقان على وقوع التزوير ولو كان الإضفاء أو الختم صحيحاً متى كان الجاني قد حصل عليه بطريق المباينة ، كما لو دس المحرر على من نسب إليه وقوع عليه أو ختمه جاهلاً بحقيقته . ويرى الفقه والقضاء أن التزوير يرتكب في هذه الحالة بوضع إضفاءات أو اختتام مزورة (راجع : السيد مصطفى ص ١٠٢ ، محمود مصطفى ص ١٣٥ و ١٣٦ ، زيد المهين بكر ص ١٩٥ ، رمسيس بنان ص ١٠٢ ، فتحي سرور ص ٣٤٨ و ٣٤٩ ، وانظر نقض ١٩٢٩/٥/٩ مجموعة القواعد ج ١ ص ٢٩٥ قاعدة ٢٥١ و ١٩٤٥/١/١٠ مجموعة القواعد ج ٦ ص ٥٧٩ قاعدة ٤٤٥) . وغني عن البيان أن اعتبار التوقيع أو الختم في هذه الحالة مزوراً فيه افتتات على الواقع إذ أن كليهما صحيح ، ومن ناحية أخرى ، فإن هذا التفسير الواسع لا يلتزم مع الزعم بورود طرق التفسير على سبيل المحصر . ولدينا أن الواقعة في هذه الحالة ليست إلا تزويراً يجعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة ، لأن وضع الإضفاء أو الختم على محرر يفيد انصراف نية صاحبه إلى نسبية المحرر إلى نفسه ، والحصول على أحدهما بطريق المباينة ينفي قيام هذه النية وينطوي على جعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة .

لزوم الضرر ، ولكنه مع ذلك عنصر يرتبط بالتزوير منذ القدم ، فقد كان الرومان لا يتصورون تزويراً بغير ضرر ، وكان هذا المبدأ راسخاً لديهم صبروا عنه بقولهم *falsitas quae nemini nocet non punitur* (١) وتأكد هذا المبدأ في فقه القرون الوسطى ، باعتباره يضع حدوداً عادلة ومعقولة لفكرة التزوير حتى لا يشمل العقاب أفعالا لا وجه للعقاب عليها (٢).

غير أن بعض الفقهاء المحدثين يعترضون على هذا الرأي ، ويشككون في صحة النظر إلى الضرر بوصفه حدثاً طبيعياً يدخل في نطاق الركن المادى لجريمة التزوير ، ويرون وجوب النظر اليه من ناحية شخصية بحتة ، أساسها ما كان قائماً بذهن الجانى وقت تغير الحقيقة . ولذلك يكفى لوقوع الجريمة خدشهم أن يكون الضرر مقصوداً من جانب الجانى ، ولا عبرة بما يظهر بعد ذلك من إمكان تحقق الضرر أو استحالاته . فالضرر عندهم عنصر في القصد الجنائى لا في الركن المادى (٣) . ولكن الرأي السائد فقها وقضاء هو لزوم الضرر في التزوير ، وإن كان الخلاف ينحصر — كما قدمنا — في تحديد دوره : هل هو ركن مستقل أو مجرد عنصر في الركن المادى .

ويقصد بالضرر كل اعتداء على حق أو مصلحة يحميها القانون ، سواء

(١) لم تكن فكرة الثقة العامة بمنأى الحال ملومة لدى الرومان ، وكان الضرر الوحيد الذى تجلوه هو مايلحق بالمصلحة التى ترتبط بالمحرر .

(٢) *Mirto, La falsita in atti, Milano 1955, pp. 4 — 33.*

(٣) *Donnedieu de Vabres, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé. Chroniques de jurisprudence, 1ère Année (1936) et 3 éme Année (1938).*

ويقرر جودى في تعليقه على قانون العقوبات المصرى أن القانون الإنجليزى والتشريعات المشتقة منه تكتفى بقصد الإضرار دون اشتراط حصول الضرر أو أخطائه .

Commentary on Egyptian Criminal Law, II, p. 577.

ويتشكك جودى فيما إذا كانت هناك ضروره تبرر اشتراط حلول الضرر أو أخطائه في التشريع المصرى (والفرنسى) ، مادام القانون لم ينص على ذلك صراحة . (المراجع السابق ص ٥٧٢).

كان هذا الاعتداء جسدياً أو غير جسدي . فإذا لم يكن ما وقع المساس به حراً أو مصلحة مشروعة فلا ضرر من ذلك في نظر القانون ، وإن قام الضرر في نظر من حلت به الحسارة أو فاته الكسب . ولذلك فانه إذا زور شخص في محرر ثم وقع هذا المحرر في يد المفترى عليه فطمس البيانات المزورة أو محاهها أو صححها ، ففعله لا يعد تزويراً على الرغم من أنه تغيير للحقيقة في أحد المحررات . ويرجع عدم العقاب في هذه الحالة إلى انتفاء الضرر ، وليس لمن زور السند أولاً أن يزعم بأن فعل الآخر قد ألحق به ضرراً إذ فوت عليه فرصة استعمال محرر متقن التزوير ، لأن هذه المصلحة غير مشروعة في نظر القانون . وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لا عقاب على التزوير لانتهاء الضرر إذا كان ما أثبت بالمحرر حاصلًا لإثبات التخلص من أمر مسلم بالخلوص منه (١) ، وأنه إذا حرر الزوج عقد بيع لزوجته يوم زواجه ليكون تأميناً للمهر الذي تحرر به سند على حدة ، ثم دفع المهر وأقبل عنه مخالصة ، ولكن الزوجة لم تقبل بيع الأتيان اليه ثانية ، فحرر عقد بيع منها إليه ، فلا يكون مرتكباً لجريمة التزوير قانوناً ، لأنه لم يفعل سوى تقرير حقيقة واقعة ثبتت للمحكمة صحتها ولم ينتج عن فعله ضرر أو احتمال حصوله (٢) .

وينقسم الضرر من حيث طبيعته إلى ضرر مادي ، وهو ما يصيب الإنسان في ماله ، وإلى ضرر أدبي ، وهو ما يصيبه في شرفه أو في اعتباره ، أو في حق آخر من حقوقه غير المالية . ولا فرق بين النوعين في باب التزوير ، إذ يكفي مطلق الضرر بغض النظر عن نوعه . كذلك يقسم الفقه الضرر من حيث وقت وقوعه إلى ضرر حال وضرر محتمل ، ويسوى بين النوعين في باب التزوير . والراجح لدينا أن الضرر في التزوير محتمل في جميع

(١) نفق ١٩٣٣/٥/٢٢ مج. ق. ق. ج ١ ص ٣٦٢ قلعة ١٨٦ .

(٢) نفق ١٩٢٢/١٧/٤ ج ١ ص ٢٢٢ رقم ٢٢٢ ص ٤٣٢ ، ويتفق هذا القضاء مع ما رآه جاور - ج ٣ فقرة ١٠٥٣ ، وشو نو هيل ج ٢ فقرة ٦٨٠ .

الحالات ، لأنه لا يترتب على فعل التزوير ذاته ، وإنما يترتب على استعمال
المحرر المزور .

ويذهب الفقه والقضاء إلى وجوب تحرى الضرر إذا كان التزوير
واقعا في محرر عرفي فحسب ، أما التزوير في المحررات الرسمية فالعقاب
عليه واجب بغير حاجة إلى إثبات وقوع ضرر خاص *Spécifique* ،
على أساس أن مجرد تغيير الحقيقة في هذه المحررات يترتب عليه حتما حلول
الضرر أو احتمال حلوله ، لأن العبث بالأوراق الرسمية يهدم الثقة بها
ويفقدتها قيمتها .

وإذا كان مسلك الفقه والقضاء سليما في اشتراط حلول الضرر أو احتماله
بالنسبة لما يقع في المحررات العرفية من تزوير ، فإن مسلكهما بالنسبة للمحررات
الرسمية منتقد ، لأن الضرر في تزوير هذه المحررات عنصر أصيل لا يختلف
في ضرورته ولا في طبيعته عن الضرر في تزوير المحررات العرفية . ولم تكن
ثمة حاجة للحديث عن الضرر الذي ينال الثقة العامة ، فهذا الضرر من لوازم
الجريمة بحسب نموذجها الذي حددناه ، ولكنه ليس ركنا من أركانها
ولا عنصرا فيها ، وإنما هو يترتب عليها بالضرورة نتيجة لتغيير الحقيقة
في محرر أو محرر له خصائص معينة . ومثل هذا الضرر ليس وفقا على
تزوير المحررات الرسمية ولكنه موجود كذلك في كل تزوير يقع على محرر
عرفي .

أما الضرر الذي غفل الفقه والقضاء عن تحريه في تزوير المحررات
الرسمية فهو الضرر الخاص أو النوعي الذي يترتب على استعمال المحرر
والذي يختلف من حالة لأخرى . وهذا الضرر لازم في تزوير المحررات
الرسمية لزومه في تزوير المحررات العرفية سواء بسواء ، فقد رأينا عقوبة
التزوير في المحررات الرسمية تتفاوت تفاوتاً بينا باختلاف نوع المحرر الرسمي
حتى إنها لتترواح بين الأشغال الشاقة والحبس . وهذا التفاوت في العقوبة
مع وحدة نوع المحرر دليل على أن القانون لا يعتد بفكرة الثقة العامة وحدها ،
بل يعتد كذلك بطبيعة المصلحة التي ترتبط بالمحرر .

وقد وقع القضاء بسبب إصراره على الرأي المنتقد في حرج في بعض الحالات ، إذ عرضت عليه وقائع تضمنت تغييراً للحقيقة في بعض المحررات الرسمية ، ولكنها خلت - رغم ذلك - من الضرر بالمعنى الذي نقصده فلم يسع القضاء أن يحكم بالإدانة ، واحتال لذلك فعمد إلى نفى بعض أركان الجريمة الأخرى ليبرر قضاءه بالبراءة . وفعل الفقه ما فعل القضاء في حالات مماثلة . غير أن وجه الافتعال في ذلك كله واضح ، وهو افتعال لا يصمد أمام النظرة الناقدة ، ولو بنى الحكم على انتفاء الضرر لكان ذلك أدق وأصح قانوناً . ولنا عودة إلى هذا الموضوع عند دراسة القصد الجنائي :

الفصل الثاني

القصد الجنائي

المبحث الأول

القصد العام

١٢ - تمهيد : التزوير جريمة عمدية لا يغنى في وقوعها الإهمال ولو كان جسدياً ، وهذا المبدأ عريق راسخ منذ عهد الرومان عبر عنه فقهاؤهم بصيغ متعددة كقولهم *non nisi dolo malo falsum, falsum nisi dolo committi non potest, falsum nisi dolo non punitur.*

وعلى الرغم من إجماع الفقه والقضاء على ذلك فقد اعترض البعض على إطلاق الحكم بحتمية العمد في التزوير ، ولم يروا سبباً يحول دون مساءلة الشخص عن هذه الجريمة إذا غير الحقيقة في المحرر عن خطأ (١) . وليس هناك من وجهة النظر المجردة ما يحول دون تقرير العقاب على ارتكاب التزوير خطأ ، غير أن المشرعين في مختلف الدول ومنذ أقدم العصور لم يقنعوا بكفاية الخطأ في التزوير وإنما تطلبوا العمد للعقاب عايه . وقد استجابوا في ذلك إلى طبيعة التزوير ذاته ، فتغيز الحقيقة في المحررات أمر شائع في واقع الحياة ، وهو يحدث في أحيان كثيرة بسهولة وبغير قصد . ولو عاقب القانون على كل تغيز في الحقيقة يقع في محرر لما نجا من العقاب إلا قليلون . فما من موظف - مستهتر أو حريص - سلم من هذا الخطأ وهو مستغرق في عمله مكب عليه سحابة النهار . وعلى أي حال فهذا الرأي ليس دعوة إلى الفقهاء ليفسروا نصوص التزوير على نحو جديد ، وإنما

Pessina, Elementi di diritto penale, vol. III, p. 191.

(١)

هو دعوة إلى المشرع لكي يعيد صياغة أحكام التزوير على نحو يسمح بالعقاب عليه سواء ارتكب عمداً أو عن خطأ (١) . أما النصوص القائمة فانها لا تحتل شكاً في ضرورة توافر القصد الجنائي في كل صور التزوير ،

والقصد الجنائي هو انعكاس نفسي لكل عناصر الركن المادى الجرمية ، فالترابط بين الأمرين وثيق ، وهذا ما حملنا على معالجة أركان التزوير في الفصل الأول من هذا البحث ، لأن كل مشاكل الركن المادى ترد أصداؤها بطريق غير مباشر في منطقة القصد .

وفكرة القصد تتنازعها في الفقه الجنائي المعاصر نظريتان ، هما نظرية العلم ونظرية الإرادة . ولا نرى جهة لاستعراض كل من النظريتين وبسط حججهما ، لأننا غير مرغعين على الترويج بينهما واعتناق إحداهما . فذلك جهد لا تدعو اليه حاجة البحث من جهة ، ولأن شقة الخلاف بين النظريتين من جهة أخرى ليست واسعة كما يظن أنصارها ، بل إننا في الواقع

(١) ومع ذلك يرى «كرارا» أن المنطق الاجتهادى الذى يمتدئ به المشرع في رسم السياسة الجنائية يحول دون العقاب على ما يقع في المهررات من تغيير للحقيقة نتيجة إهمال أو تقصير . فالجرائم تنقسم بحسب هذا المنطق إلى ثلاثة أقسام : قسم يضم مجموعة كبيرة من الجرائم تؤدي نتائجها الضارة إلى إثارة مشاعر الناس بغض النظر عن خطورة الباعث النفسى لها ، ومن أمثلتها جرائم الدم . ويرى القانونون تسكيناً لفزع الناس وتهدة لخواطهم ملازمة العقاب على هذه الجرائم في سائى السد والإهمال ، وتتضام العقوبة في الحالة الثانية ولكنها لا تتلافى على أى حال . وقسم آخر يضم مجموعة من الجرائم تهرب الناس نتيجة الضارة بدرجة واحدة سواء وقع الفعل عمداً أو عن إهمال ، ومن ذلك الفعل الفاضح العلنى ويماقب القانون على هذه الجرائم في الحالتين بعقوبة واحدة لا تختلف تبعاً لاختلاف درجة الخطأ . أما القسم الثالث فيضم طائفة من الجرائم يرتبط الضرر الاجتهادى الناشئ عنها بما استخدمه الجاني من غش ، ومن أمثلتها السرقة والتزييف والتزوير ، ولذلك لا يماقب على الأفعال المكونة لها إذا وقعت نتيجة إهمال ، فليس ثمة من يجرؤ على أن يقول لإنسان : لقد أهدت مال غيرك علناً منك أنه مالك ، أو لقد قبلت عملة مزيفة ثم أنفقتها علناً منك أنها صحيحة ، ولقد تسرعت في الحائتين ، وكان من واجبك أن تتأمل المال جيداً ، أو أن تفحص العملة بعناية ، وكان يوسلك لوضلت أن تتلافى في سهولة ما وقعت فيه من خطأ ، ولهذا السبب فنحن نماقبك Carrara, Programma VII, No. 3717.

لا نلمس لهذا الخلاف أهمية عملية خطيرة (١) . والخلاف الحقيقي بينهما هو في أساسه خلاف فقهي أذكته الرغبة في تحرى الدقة العلمية والحرص على سلامة التأصيل الفنى .

ولا يثير عنصر الإرادة بوجه عام - حتى عند من يعتقدون نظرية الإرادة - مشاكل خاصة عند دراسة كل جريمة على حدة . وإنما تثور المشاكل بالنسبة لعنصر العلم في بعض الجرائم ، ومنها جريمة التزوير . فعند العلم تختلف آراء الفقهاء وتضطرب أحكام القضاء . ولهذا سنكتفى بالعلم وحده في دراسة القصد العام في جريمة التزوير .

المطلب الأول

ضرورة العلم بالتزوير

١٣ - العلم والجهل والغلط : العلم بالشئ هو احاطة الذهن به وإدراك حقيقته ، وهو أبرز ما يميز العبد عن الخطأ ، ويشترط فيه أن يكون شاملاً لكل العناصر الواقعية للجريمة ، وأن يكون معاصراً لارتكابها ،

والعلم ينفيه الجهل لأنه نقيضه ، والغلط كالجهل طبيعة وأثراً ، فهو صنوه في تجرد الذهن من صورة تمثل الواقع ، وإن اختلف عنه في قيام صورة خاطئة في الذهن عن هذا الواقع . وهو يتفق معه في الحكم ، لأن ما يعيننا في مجال القصد ليس التصور الخاطئ الذى قام ، وإنما التصور الصحيح الذى تخلف . ولأن القدر الرائد في طبيعة الغلط والذى يميزه عن مجرد الجهل هو قدر لا اعتداد به قانوناً ، قلنا إن الغلط كالجهل طبيعة وأثراً . لهذا سنتكلم عن الجهل بمعناه الواسع ، أى الجهل الذى يخلو الذهن فيه من صورة تطابق الواقع ، سواء اقترن بصورة خاطئة له ، أو لم يقترن بشئ من ذلك .

(١) راجع نجيب حنى : القصد الجنائي - مجلة القانون والاقتصاد ص ٢٨ ، ص ١٠٧ ،

غير أن الجهل في باب القصد لا يختلط بالشك . وإذا كان الشك في ظاهره يقترب من الغلط ، فإنه في حقيقته يختلف عنه اختلافاً أساسياً . فالغلط جهل بواقعة لها أهمية خاصة وعلم بواقعة لا تطابق الواقع ، فهو ينطوي على واقعيتين إحداهما محل للجهل والأخرى محل للعلم . أما الشك فإنه ينصب على واقعة واحدة يتجاذبها في نفس الوقت كل من العلم والجهل ، فهو صورة متهزئة للواقع ، أو هو اعتقاد مذدب غير مستقر ، وإذا نظرنا إلى الجهل على أنه خلو الذهن من صورة مطابقة للواقع كان الشك نوعاً من العلم إذ هو أول درجاته أو أدناها . ذلك لأن الشك نوع من الاحتمال أو الإمكان ، فهو مظهر من مظاهر العلم على أى حال . وإذا كان الشك يختلف عن الجهل في طبيعته فإنه يختلف كذلك عنه في حكمه ، فالقصد يقوم مع الشك متى كان الجنائي يستوى لديه حين يقدم على الفعل أن تكون الواقعة محل شكه على النحو الذي تقوم به الجريمة أو على نحو مختلف (١) .

والجهل قد يقع في القانون أو في الواقع ، والفقه والقضاء مستقران في هذا الشأن على آراء محددة ومبسطة في كتب الفقه ومجموعات الأحكام . وليس لدينا جديد نضيفه إلى النظرية العامة للقصد ، ولكن تطبيق هذا «المستقر» على جريمة التزوير هو ما نسعى إليه في هذا البحث .

(أولاً) **الجهل بالقانون** : يشور الجهل بالقانون في جريمة التزوير على صورتين : فهو إما أن يكون جهلاً بحكم مقرر في قاعدة جنائية ، وإما أن يكون جهلاً بحكم غير جنائي ولكنه يندخل على نحو ما في تكوين جريمة التزوير .

١٤ - (١) الجهل بحكم جنائي : الرأي الراجح فقهاً والمعمول به قضاءً أن الجهل بالقانون الجنائي لا ينفي قيام القصد (٢) . ولذلك تقع

(١) راجع عبد المهيمن بكر - القصد الجنائي ص ٢٠٠ - ٢٠٢ ، جلال ثروت - نظرية الجريمة المصدية للقصد فقرة ١٠٤ و ١٠٥ و ١٠٧ .

(٢) وحل الرغز من تسليم بجهور الفقهاء بهذا المبدأ فإنهم يختلفون أشد الاختلاف على =

جريمة التزوير ممن يغير الحقيقة جاهلاً بأن القانون يعاقب على تغييرها متى اكتملت عناصر الجريمة الأخرى ؛

وقد لا ينصب الجهل على عدم مشروعية الفعل فحسب ، بل قد ينهض الظن بمشروعيته نتيجة الاعتقاد بأن المصلحة التي ينالها الضرر لا تحظى بحماية القانون . ومثال ذلك أن يغير الشخص الحقيقة في محرر تغييراً من شأنه أن يلحق الضرر بمصالح دولة معادية أو بمصالح بعض رعاياها ، وفي ظنه أن القانون لا يحمي هذه المصالح ، بل إن الاعتقاد قد يكون قوياً لديه بأنه يحقق بفعله هذا مصلحة قومية لبلده . ولا يختلف حكم هذا الشخص عن حكم من يقتل بعض رعايا الدولة المعادية من يقيمون في بلده أو يقتصب ماله أو يهتك أعراضهم . ولا عبرة بما قام في ذهنه من لبس ، فذلك جهل بالقانون أو فهم له على غير وجهه الصحيح (١) .

وقد ينصب الجهل على التكييف القانوني للمحرر . فن المتفق عليه أن المحرر في باب التزوير فكرة جنائية تتحدد على ضوء المصالح القانونية التي قصد الشارع إلى حمايتها . ولهذا السبب يرى الرأي الراجح أن المادة التي خطت عليها الكتابة لا وزن لها مادامت صالحة للاحتفاظ بها بعض الوقت ، فيصح أن يكتب المحرر على قطعة من الخشب أو القماش أو جلد الحيوان ، بل إنه يصح أن يكتب على شيء مما يعده القانون المنقوش عقاراً كجذع شجرة قائمة أو عمود من رخام (٢) . كذلك فإن اللغة التي كتب

تبريره . وفي هذا الصدد تتمدد النظريات . فهناك نظرية إمكان العلم بالقانون ، ونظرية افتراض العلم به ، ونظرية العلم بدلالة الفعل . انظر في عرض هذه الآراء نجيب حسي - القصد الجنائي - المراجع السابق ص ١٦٤ وما بعدها ، عبد المهيمن بكر - القصد الجنائي في القانون المصري والمقارن ١٩٥٩ ص ٢١٨ وما بعدها ، رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي ١٩٦٥ ص ١٧٥ وما بعدها .

Antolislisi parte generale p. 253.

(١) راجع

Manzini, cit. VI, n. 2218, p. 601. ١٨٧ ص (٢)

Antolislisi, p. s., cit. p. 479; Garraud, III, n. 1019.

بها المحرر لا أهمية لها ، فيصح أن تكون لغة وطنية أو أجنبية ، حية أو مندثرة ، بل يصح أن تكون الكتابة برموز متفق عليها بين جملة أشخاص (١). ويذهب الرأي الراجح كذلك إلى أن بطلان المحرر في نظر فرع من فروع القانون لا يسلبه بالضرورة هذه الصفة في باب التزوير : فالمحرر الذي يصدره موظف غير مختص ، أو غير أهل لتحريره ، أو الذي تنقصه بعض الأشكال القانونية ، يمكن في ظروف معينة أن يكون محلاً للتزوير (٢) . وليس يجدى من غير الحقيقة في شيء من ذلك أن يحتاج بأنه كان يعتد أن ما وقع التزوير فيه لا يعد محرراً في نظر القانون ، لأن هذا جهل بحكم جنائي لا أثر له في نفي القصد في جريمة التزوير (٣).

ويسرى الحكم نفسه على من يغير الحقيقة في محرر رسمي وهو يظنه محرراً عرفياً (٤) ، لأن نوع المحرر كمنكرته من مفاهيم القانون الجنائي ، والجهل بنوع المحرر كالجهل بحقيقته ، لا يغير أولهما في طبيعة الجريمة كما لا يؤثر ثانيهما في أصل التجريم .

١٥٠ - (٢) الجهل بحكم غير جنائي : تعرض مشكلة هذا النوع من الجهل كثيراً في جريمة التزوير ، لأن التزوير تغيير للحقيقة ، وهذه الحقيقة قد تكون من الحقائق الطبيعية أو القانونية . وكما يخطئ الشخص في إدراك الحقيقة الطبيعية ، فهو قد يخطئ - وبدرجة أكبر في بعض الأحيان - في فهم بعض الحقائق القانونية . والرأي الراجح فقهاً وقضاءً

(١) أحمد أمين - ص ١٨٧ ، Antolisei, cit., n. 2218, Manzini, cit., p. 478., Garraud cit., III, 1019.

(٢) أحمد أمين ص ٢٥٠ وما بعدها ، والمراجع المشار إليها فيه .

(٣) السيد مصطفى - المرجع السابق، ص ١٥٣ ، أحمد أمين ص ٢٥٦ ، Garcon, 2268. II, n. 393, Manzini cit., n. 1٥٠ . المرجع السابق ص ١٥٠ .

Manzini, cit. no. 2263.

(٤)

يفرق بين الجهل بالقوانين الجنائية والجهل بالقوانين غير الجنائية ، ويرتب على النوع الأخير تخلف القصد الجنائي (١) .

وقد ذهبت محكمة النقض عندنا في حكم قديم لها إلى أن الغلط في القانون لا يعتد به ، سواء كان من القوانين الجنائية أو غير الجنائية (٢) . غير أنها لم تلبث أن عدلت عن هذا الاتجاه واطرد قضاؤها على أن جهل الشخص بالقانون غير الجنائي ينفي قيام القصد لديه . وعملت ذلك في حكم لها قضت فيه بأنه متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن المتهمين حين باشروا عقد النكاح ، وهو عمل مشروع في ذاته ، قرروا أمام المأذون وهو يثبت لهم عدم وجود مانع من موافقه ، وكانوا في الواقع يجهلون أن ثمة مانعاً ، فإن جهلهم — وهذه هي الحال — لا يعتبر جهلاً بقانون العقوبات لا يقبل الاحتجاج به لسلامة نيتهم ، بل هو جهل بواقعة حال هي ركن من أركان جنابة الزوير المرفوعة بها الدعوى عليهم ، أساسه عدم علمهم بحكم من أحكام قانون آخر هو قانون الأحوال الشخصية ، فهو خليط مركب من جهل بالواقع ومن عدم علم بحكم ليس من أحكام قانون العقوبات يجب قانوناً — في صدد المساءلة الجنائية — اعتباره في مجلته جهلاً بالواقع ، ومعاملة المتهمين على هذا الاعتبار (٣) .

ويتفق هذا الرأي في أصله — بغض النظر عن تعديله — مع الرأي

(١) وينتقد البعض هذه التفرقة ويرونها صعبة التبرير والتطبيق ، راجع نجيب حسن — المرجع السابق ص ٢٠٢ وما بعدها ، السيد مصطفى — الأحكام العامة في قانون العقوبات ١٩٥٢ ص ٣٨٧ .

(٢) وكانت الواقعة تتعلق بالغلط في الملكية في جريمة سرقة ، وقالت المحكمة إن نية المتهمين السلمية المضى بها قد تستتج من خطأ قانوني بشأن الملكية ، وذلك ما لا يمكن قبوله مع وجود المادة الثانية من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التي لجأ فيها أحد المعتذرين بعدم العلم بما تضمنته القوانين والأوامر العالية من وحوب العمل بمقتضاها . نقض ١٩١١/٦/٣ المجموعة الرسمية من ١٢ ص ٢٥٧ .

(٣) نقض ١٩٤٣/٥/١٠ مج. ق. ق. ج ١ ص ٣٤٩ قاعده ١٠٢ .

السائد فقهاً وقضاءً في كثير من بلاد العالم . فقد أخذت به المحكمة الألمانية العليا ، وقررت أنه إذا تعلق الجهل أو الغلط بفكرة قانونية نص عليها ونظمها قانون آخر غير قانون العقوبات ثم اقتبسها قانون العقوبات واعتمد عليها في تحديد أركان الجريمة ، دون أن يدخل عليها تعديلاً ، فإن هذا الغلط ينفي القصد الجنائي (١) . ومثل هذا الاتجاه نلقاه أيضاً في كل من فرنسا وإيطاليا ، بل إن التشريع الإيطالي قرن هذا المبدأ في المادة ٤٧ من قانون العقوبات فنص على أن «الغلط في قانون غير قانون العقوبات يستبعد العقاب إذا أفضى إلى خلط في الواقعة التي تكون الجريمة» .

ومن أمثلة الحقائق القانونية المقررة في قانون الأحوال الشخصية والتي يعتد بالجهل بها في نفي القصد الجنائي :

١ - أن اسلام الزوجة الذمية لا يترتب عليه بلادته فصم عرى الزوجية بينها وبين زوجها الذي ، وإنما يجب أن يصدر حكم القاضي بتطليقها عليه إذا لم يسلم .

٢ - أنه لا يجوز الجمع بين المرأة وخالها أو عمها ، ولا يجوز لمن تزوج أربعاً وطلق إحداهن أن ينكح أخرى إلا بعد انقضاء عدة المطلقة .

٣ - أن اسلام أهل الكتاب لا يحكم به بمجرد النطق بالشهادتين وإنما لابد مع ذلك من النطق بالتبري من كل دين يخالف دين الاسلام ، وهذا التبري شرط لإجراء أحكام الإسلام عليهم لا لثبوت إيمانهم .

فإذا عقدت الذمية عقب إسلامها على مسلم دون الرجوع إلى القاضي لتطليقها ، أو تزوجت امرأة على عمها أو خالتها ، أو عقد رجل على خامسة قبل انقضاء عدة المطلقة ، أو تزوج كتابي بمسلمة عقب نطقه بالشهادتين وقبل التبري مما عدا الإسلام من أديان ، وأثبت كل من هؤلاء في عقد

(١) راجع في عرض موقف القضاء الألماني : نجيب حنى - المرجع السابق ص ١٩٧ .

الزواج عدم وجود مانع قانوني يحول دون إبرام العقد ، وكان يجهل في حقيقة الواقع قيام المانع لجهله بقانون الأحوال الشخصية ، فإن التصدد الجنائي ينتفى فلا يقع منه تزوير ، وذلك بالرغم من اكتمال عناصر الركن المادى .

(ثانياً) : الجهل بالواقع : لا خلاف في أن جهل الشخص بعنصر من العناصر الواقعية للجريمة يحول دون توافر القصد الجنائي ، ولا تشذ عن هذا جريمة التزوير ، غير أن هذه القاعدة محتجبة أحياناً في زحام المشاكل التي يثيرها التزوير ، وذلك يدعونا إلى تعقب هذه العناصر وإلى درء ما علق بحكم الجهل ببعضها من شبهات :

١٦ - (١) الجهل بتغيير الحقيقة : يقتضى العلم بتغيير الحقيقة أموراً ثلاثة : أولاً العلم بحقيقة الواقع ، وثانياً العلم بماهية ما أثبت في المحرر أو ما حذف منه أو غير فيه ، وأخيراً العلم بما بين الأمرين من تباين واختلاف ، ولا سبيل إلى اعتبار الشخص عالماً بتغيير الحقيقة إذا تخلف العلم لديه بأمر من هذه الأمور .

فالعلم ينتفى إذا كان المتهم جاهلاً بالحقيقة التي كان يتعين عليه إثباتها أو الإبقاء عليها ، كالموظف حين يثبت على لسان ذوى الشأن بياناً غير صحيح وهو لا يدري بما فيه من تحريف أو اختلاق . كما ينتفى هذا العلم أيضاً ولو أدرك الموظف حقيقة ما طلب إليه إثباته ، ولكنه دونه على وجه آخر دون أن يدري ، وكان ذلك نتيجة لخطأ وقع فيه . فقد يثبت الموظف - بسبب عجلته أو إرهاقه - رقماً أو تاريخاً غير الرقم أو التاريخ الصحيح ، وهو يجهل حقيقة ما كتب على الرغم من علمه بالرقم أو بالتاريخ الصحيح ، وأخيراً فإن العلم بتغيير الحقيقة ينتفى ولو كان الشخص يدرك الأمر على وجهه الصحيح ، ويدرك أيضاً حقيقة ما أثبتته في المحرر ، ولكنه يجهل أن الأمرين مختلفان . فقد يعبر الموظف بأسلوبه الخاص عن إرادة أفصح عنها أصحاب الشأن أمامه ، فيخونه اللفظ أو لا يسعفه بسبب عجزه

عن التمكن من ناصية اللغة ، وقد يترتب على فعله تغيير مضمون الإرادة وآثارها وذلك رغم حرصه الشديد على تسجيل ما تم أمامه بدقة وأمانة (١).

غير أن الأمر يختلف إذا لم يكن الجهل تاماً ، فالتشكك في صحة الواقعة المراد إثباتها أو في صحة المطابقة بين هذه الواقعة وبين ما تم إثباته لا ينزل منزلة الجهل في حكمه وإنما يعتبر علماً يقوم به القصد متى مضى اليهم في عمله رغم شكه خبر مبال بما قد ينجم عن هذا العدل من أضرار فيما لو صدقت شكوكه فكانت الواقعة التي أثبتتها غير صحيحة أو كانت المطابقة غير تامة . ولهذا يرى بعض الشراح أن القصد الجنائي لا ينتفى بالنسبة لمن أثبت صحة بيان معين مع جهله بتزويره إلا إذا كان يعتقد خطأ بصحته . أما إذا كان يشك في صحته وصدق على البيان المزور بما يفيد صحته على الرغم من هذا التشكك فإن القصد يكون متوافراً (٢).

وينتفى العلم بتغيير الحقيقة سواء كان الجهل الذي وقع الشخص فيه مبرراً أو غير مبرر . ولهذا يستوى حكم الجهل الذي تلتبس المعاذير لمن سقط فيه ، والجهل الناشئ عن استهتار بواجبات الوظيفة أو بمقتضيات الحرص واليقظة ، أو نتيجة الإسراف في حسن الظن بالناس ووضع الثقة فيمن ليس أهلاً لها ، فإذا استغنى موظف بياناً من زميله في العمل ، وأثر ذلك على الرجوع إلى مصادر البيان الأصلية في السجلات ، وفعل ذلك ثقة بزميله أو استهانة بعمله أو تجنباً للمشقة ، فقبله لا يعد تزويراً ولو ثبت أن البيان الذي استغناه من زميله غير صحيح . ذلك لأن الجهل يظل جهلاً ولو كان هناك التزام مقلوب عليه بتحرى الصواب والتماس الحقيقة . واقتراح الجهل بالتحلل من هذا الالتزام لا يمكن أن يغير من طبيعته فيبدله علماً (٣).

(١) غارن Carrara, Programma, VII, n. 3672.

(٢) راجع Legos, Commentaire du Code Pénal Suisse, p. 531.

ولتسى سرور - المرجع السابق ص ٣٨١ .

(٣) أحمد أمين - ص ٢٥٦ و ٢٥٧ Carrara. VII, n. 3718;

Garçon II, n. 394, 395.

السعيد مصطفى ص ١٣٥ و ١٥٤ ، محمود مصطفى ص ١٤٩ ، علي راشد ص ٢٦٤ ، محمود إبراهيم اسماعيل فقره ٢٦٦ ص ٢٨٧ ، عبد المهين بكر ص ٢١٨ و ٢١٩ .

وقد حاولت بعض أحكام القضاء في مصر أن تجعل الجهل المقترن بالقصور عن تحرى الحقيقة - مع القدرة على تحريها - علماً أو كالعلم في مجال القصد ، إذ قضت باعتبار أحد مشايخ القرى مزروراً لأنه وقع على شهادة تثبت تاريخ وفاة شخص ثم تبين أن هذا التاريخ غير مطابق للواقع وأن المتهم لم يكن شيخ حصه المتوفى ولا قريباً له ، وأنه وقع الشهادة لثقتة بشيخ الحصه الذى وقع عليها واطمئنانه إلى صحة تاريخ الوفاة . وأخذ حكم الإدانة على المتهم أنه لم يعن بتعرف تاريخ الوفاة والتحرى عن حقيقة ، مع ما كان لديه من الوسائل التى توصله إلى ذلك ، واعتبر ما وقع منه إهمالاً متعمداً يجعل التزوير داخلاً في قصده الاحتمالى . ولا شبهة في فساد هذا القضاء ، لأن القصور عن تحرى الحقيقة لا يذبح في نهاية المطاف علماً ، فمن أحجم عن تحرى الحقيقة لم يعلم بها بداهة . أما القول بأن ذلك يعد إهمالاً متعمداً يجعل التزوير داخلاً في قصده الاحتمالى فليس إلا وضماً للقصد الاحتمالى في غير موضعه ، أو هو فهم له على غير وجهه الصحيح . فالقصد أياً ما كان نوعه لا يقبل التجرد من العلم في أى حال . والقول بغير ذلك يهدم الحواجز الفاصلة بين العمد والخطأ ويجعل معالهما مختلطة . وإنما ينحصر الفرق بين القصد الاحتمالى والقصد المباشر في درجة العلم لا في أصل وجوده (١) ، ولهذا السبب لم تتردد محكمتنا العليا في نقض هذا القضاء وأعلنت بحسم أن مجرد الإهمال في تحرى الحقيقة مهما كانت درجته لا يتحقق به العلم بتغيير الحقيقة (٢) .

١٧ - (٢) الجهل بالطريقة : ليس للجهل بطريقة التزوير أهمية خاصة ، لأن طريقة التزوير ليست عنصراً متميزاً فيه كما بينا في موضع سابق . فالتزوير فعل تتغير به الحقيقة ، أو هو تغيير الحقيقة في محور تغيير من شأنه الإضرار بالتغير . فالخلف والإضافة وغيرهما ليست إلا أفعال

(١) نجيب حسن - القصد الجنائي، فقرة ٦٩ ص ١٥٥ ، عبد المهيمن بكر القصد الجنائي فقرة ٩٩ وما بعدها ص ١٤٦ وما بعدها ، جلال ثروت - المرجع السابق فقرة ١٠٧ ص ٢٤٣ .
(٢) نقض ١٩٤٢/٢/٢٣ مج. ق. ج ١ ص ٣٤٤ قاعده ٦٤ ، وانظر نقض ١٩٥٦/١٠/١١ مج. أحكام النقض ص ٧ ص ٩٦٠ قاعده ٢٦٢ .

تغيير الحقيقة ، فهي التغيير ذاته وليست شيئاً متميزاً عنه . فاذا قلنا إن زيدا غير الحقيقة في محرر فذلك يعني أنه أضاف إليه أو حذف منه شيئاً أو قلده أو اصبطنه . كل ما في الأمر أن التغيير جنس وما يدعى الطريقة نوع . وعلى ذلك يأخذ التغيير مظاهر خارجية تختلف من حال لأخرى ، فهو يتخصص بالحذف أو بالإضافة ... الخ . (١) .

١٨ - (٣) الجهل بالضرر : لا يترتب الضرر بحكم اللزوم على تغيير الحقيقة في جميع الأحوال ، فقد تتغير الحقيقة ولا يتخلف عن تغييرها ضرر ، ولذلك فالعلم بتغيير الحقيقة لا يتضمن بالضرورة العلم باحتمال الضرر ، ولا يفنى عن إثبات هذا العلم استقلالاً . فاذا تطرف الشخص وفي يقينه أن فعله لا يمكن أن يلحق بالغير ضرراً ، فالقصد الجنائي في جانبه يكون منتفياً (٢) . ومعنى هذا أن حسن النية يحول دون قيام القصد في حالتين : حين يعتقد الشخص أن ما يثبتته مطابق للحقيقة ، وحين يعتقد باستحالة ترتب الضرر على فعله ولو كان عالماً بأنه يغير الحقيقة في محرر (٣) . ومن الحالات التي يقع فيها العلم بتغيير الحقيقة وينتفي فيها العلم بالضرر حالة من يقلد خط غيره فينشىء عليه سند دين رغبة منه في إظهار براعته في التقليد ، وكذلك من يصطنع قراراً إدارياً يعايب به صديقه في أول شهر أبريل (٤) . ولا سبيل إلى تجنب كل من الاثنين عقوبة التزوير إلا على أساس تخلف القصد الجنائي بسبب الجهل بالضرر .

(١) ومع ذلك فاحتبار الطريقة عنصراً في التزوير لا يغير من الأمر شيئاً لأن الجهل بالطريقة إما أن يكون مطلقاً بطبيعتها أو بحكم القانون فيها . فان كان الجهل منصباً على طبيعة الفعل بأن أضاف الشخص بيانات إلى المحرر أو حذف بعضها أو عدل فيها دون أن يدري حقيقة ما يصنع ، فجهله هذا يكون منصباً على تغيير الحقيقة ، أما إذا كان يجهل أن القانون يعاقب على ارتكاب التزوير بالطريقة التي تم بها تغيير الحقيقة ، فذلك جهل بالقانون الجنائي لأنه يجهل بعدم مشروعية الفعل الذي وقع منه . جارسون - ٢ - ٣٩٢ ، ٣٩٣ ، أحد أمين ص ٢٥٦ ، السيد مصطفى ص ١٥٣ ، محمود مصطفى ص ١٥٠ .

Antolisei, p.s. cit., p. 493; Maggiore, parte generale. p. 273 (٢)

Carrara, Programma, VII, n. 3667, 3719. (٣)

Antolisei, cit., p. 466, 465. (٤)

ولكن ما هو الضرر الذى ينبغي العلم به ؟ هذا الضرر فى اعتقادنا هو عن الضرر اللازم لوقوع جريمة التزوير ، وهو الذى يمس مصلحة من المصالح التى ترتبط حمايتها بأصالة المحرز وصحته ، إوهو يختلف بطبيعة الحال عن الضرر الذى ينال الثقة العامة . فهذا الأخير ليس من أركان الجريمة وإن كان من لوازمها ، والعلم به مستفاد بالضرورة من العلم بتغيير الحقيقة فى محرر ذى خصائص معينة : ولذلك لا يلتزم حكم الإدانة بتحرى علم الجاني به (١) . أما الضرر النوعى فلا يكفى لوقوعه حتما حدوث التغيير فى المحرز ، إذ لا تلازم بالضرورة بين الأمرين : ولهذا يجب التثبت من علم الجاني بحلول هذا الضرر أو باحتماله لئلى تستكمل الجريمة مقوماتها المعنوية ، كما يجب التثبت من حلوله فعلا أو احتمال حلوله حتى تستكمل مقوماتها المادية .

وتجرى أحكام النقض فى مصر - ويشايعها الفقه - على أن الضرر فى جرائم التزوير عنصر أساسى ، سواء كان التزوير واقعا فى محرر رسمى أو فى محرر عرقى ، ولكنها تنظر إلى نوع هذا الضرر نظرة تختلف باختلاف نوع المحرز . فهو فى المحررات الرسمية يتمثل فيما ينال الثقة العامة من إهدار أو زعزعة ، أما فى المحررات العرفية فهو ضرر نوعى يلحق فردا من الأفراد أو هيئة خاصة أو عامة (٢) .

وقد وقع الفقه والقضاء بسبب ذلك فى حرج شديد ، فكثيرا ما يثبت المحضر فى محضر الحجز أنه عاين المحصولات الزراعية بنفسه وقدرها بكذا ، فى حين أنه استقى معلوماته عنها من منزل العملة دون أن يبرحه ، أو يثبت الموثق أنه تلا العمد على العاقدين ، والحقيقة أنه لم يفعل ، أو يثبت المحقق

Antolisei, p. s. cit., p. 493.

(١) عكس ذلك :

(٢) النقض فى هذا الشأن أحكام كثيرة ، انظر من بينها على سبيل المثال : نقض ١٩٣٧/٧ ، مج ق. ق. ١ ص ٣٤١ قاضية ٤٣ و ١٩٤٤/٤/٢٤ قاضية ٤٤ و ١٩٥٠/٥/١٩ قاضية ٤٥ و ١٩٥١/٥/٨٠ ص ٣٤٢ قاضية ٤٦ و ١٩٤٣/٥/٣ ص ٣٤١ قاضية ٤١ و ١٩٢٣/١١/١٣ قاضية ٤٠ .

أنه تلا على الشاهد أقواله فأقرها قبل التوقيع عليها دون أن يكون قد تلا عليه شيئاً منها ، ولا يكون أحد من هؤلاء مدفوعاً إلى ذلك الا بالهوان والرغبة في اختصار الإجراءات اقتصاداً للوقت أو تحقيراً لمشقة العمل ودون أن يرد على مخاطره احتمال وقوع ضرر بأحد من جزاء فعله . ويكاد الشراح الفرنسيون يجمعون في هذه الأحوال على وجوب التبرة لانعدام المقصد الجنائي ، على الرغم من أن الموظف ارتكب ما ارتكب عن علم وإرادة (١) .

ولكن أحد أمين يتشكك في صحة هذا الرأي ، ويعجب الاجماع المعقود عليه حتى من «جارو» نفسه ، وهو الذى يتعرض بشدة على اشتراط نية الإضرار في التزوير ، ويرى أن المزور لا ينظر غالباً إلا إلى ما يعود عليه من الربح أو الفائدة ، ولا يفكر فيما قد يعود على غيره من ضرر . ويعتقد أحد أمين أن نية الإضرار إن كانت غير موجودة في الحالات السابقة ، فإن نية القس على الأقل قائمة ، وهى النية التى يتطلبها القانون في التزوير ، لأن الباعث على تغيير الحقيقة في مثل هذه الأحوال هو رغبة الموظف في التخلص من واجب يفرضه القانون (٢) .

أما القضاء الفرنسى فقد كان في بادئ الأمر يحكم بالعقاب متى ارتكب الموظف التزوير عن علم وإرادة ، ثم عدل عن ذلك في بعض أحكامه وقرر عدم كفاية العلم بتغيير الحقيقة لتكوين القصد الجنائي . غير أنه لم يلبث أن عاد إلى مذهبه القديم ، على أساس أن التزوير في هذه الأحوال إن لم يضر بمصالح الأفراد فهو على كل حال مضر بالمصاحبة العامة ، لأنه ينزع ثقة الناس بالمحركات الرسمية ، ولأن الموظف يعلم على الأقل أن التزوير الذى يرتكبه من شأنه أن يحدث هذا الضرر الاجتماعي .

وليس للقضاء المصرى في هذا الموضوع موقف موحد ، فهو إن كان يعتبر الموظف مزوراً في الأمثلة السابقة ، إلا أنه لا يتبع المنطق نفسه بالنسبة

Garraud, III, n. 1050: Chauveau Hélieet, II, n. 667, Blanche, (١)
III, n. 149.

(٢) أحد أمين ص ٢٦١ .

للأفراد الذين يزورون في محررات رسمية . وهناك أحكام عديدة قضت فيها المحاكم المصرية بالبراءة بالرغم من أن المتهمين ارتكبوا التزوير عن علم وإرادة ، وأسست هذه الأحكام قضاءها على تخالف سوء النية وقصد الإضرار لدى المتهم ، أو على حسن نيته أو سذاجته ، أو على اعتقاده بالأضرار فيما فعل .

فقد قضى ببراءة شخص كلفه أخوه بالذهاب إلى المحكمة لسحب ورقة الاستئناف المردوع منه ودفع باقي الرسم وقبضه عنه لمرضه وحاول أجل القيد ، فقصد قلم المحضرين ووقع باسم أخيه على دفتر التسليم واستلم ورقة الإعلان . وقالت المحكمة إنه لم يقصد بالتوقيع أى تزوير ضد أخيه ، بل عمل ما عمل بحسن نية فستقطت عنه المسؤولية لعدم توفر القصد الجنائي (١) .

وحكم على شخص بغرامة ، ولما ذهب المحضر لتنفيذ الحكم لم يجده بمنزله وتقدم أخوه بدله متسجماً باسمه ، وقبل أن يسجن عوضاً عن دفع الغرامة ، ولما قدم للمحاكمة بتهمة التزوير قضى ببراءته لأنه كان في حالة من البساطة والسذاجة ، ولأنه كان مقياً مع أخيه في ديشة واحدة ، وفهم أن الحكم بالغرامة على أخيه هو في الحقيقة حكم عليهما معاً ، وأنه يمكنه أن يفعل ما يفعله أخوه ، فقبل أن يحبس عوضاً عنه ، فسجن باسمه وحبس مكانه (٢) .

وقضى ببراءة شخص حضر أمام المحكمة وتسمى باسم غيره في محضر الجلسة ، لأنه لم يتوفر في الدعوى سوء النية لدى المتهم ، إذ لم يحضر ليستفيد من حضوره ، بل لعقيدة بأنه يؤدي خلمة لموكله (٣) .

وقضى بأنه إذا كان الزوج مسجون وطلق زوجته بناء على طلبها

(١) نفس ١٩٢٥/٣/٣ - الموسوعة الجنائية ج ٢ ص ٤٣٣ رقم ٢٢٦ .

(٢) استئناف مصر ١٩٠٠/٤/١٨ - الموسوعة الجنائية ج ٢ ص ٤٣٢ رقم ٢٢٣ .

(٣) جنيات مصر ١٩٢٥/٥/٦ - الموسوعة الجنائية ج ٢ ص ٤٣٢ رقم ٢٢٥ .

بتوسط أحد أقاربه ، ثم أخذ هذا القريب الزوجة إلى بلد آخر وتسمى أمام المأذون باسم الزوج وخالف الزوجة وتحررت وثيقة بذلك ، فلا عقاب على قريب الزوج لأن الطلاق وقع حقيقة من الزوج الذى وكل قريبه في تحرير وثيقة الطلاق ، ولأنه لا أهمية لكون المهرم تسمى باسم الزوج زوراً ، إذ أن من عادة الفلاحين البسطاء أن ينتحل الأب أو الخال اسم ابنه أو ابن أخته أو يتصف بصفة من صفاته ، دون أن يكون عند منتحل الاسم فكرة سيئة يقصد بها فعلاً غير قانوني (١).

وهذا القضاء منتقد في رأى أحمد أمين ، لأن فيه خلطاً بين القصد والباط (٢) ،

ولا شبهة لدينا في سلامة مذهب الفقه الفرنسى ، وإن كان تبرير هذا المذهب يبدو عسيراً لو أننا قصرنا الضرر في تزوير المحررات الرسمية على ما ينال الثقة العامة وحدها ، وأغفلنا ذلك الضرر الآخر الذى يصيب المصلحة التى ترتبط حمايتها بصحة المحرر ذاته ، بل إنه في هذه الحالة يتعين التسليم بصحة النقد الذى أبداه أحمد أمين . وإنما يستقيم مذهب الفقه الفرنسى حين نعتد بالضرر الأخير ، إذ يصبح العلم به عنصراً جوهرياً في القصد الجنائي لا يتوافر بحدوده .

أما بالنسبة للقضاء المصرى ، فنحن بطبيعة الحال لا نشاطر فقيها الكبير رأيه فيما نراه عليه في الحالات التى عرضناها من خلط بين القصد والباط ، فالملاحظ فيها جميعاً أن العلم بالضرر متخلف ، بل إن الاعتقاد باستحالة ثابت . وهذا القضاء في اعتقادنا صحيح ، لا لأن القصد الخاص منتف بل لأن القصد العام غير قائم .

(١) استئناف مصر ١٨/١٠/١٩٠٢ - الموسوعة الجنائية ج ٢ ص ٤٣٤ رقم ٢٢٧ ، وانظر أيضاً إحالة طنطا ١٧/١/١٩١٢ المرجع نفسه ص ٤٣٣ رقم ٢٢٤ .

(٢) أحمد أمين ص ٢٦٣ .

١٩ - ملهية العلم بالضرر : الضرر في التزوير أمر مستقبل ، والعلم به ضرب من التنبؤ : وهذا التنبؤ درجات : فالشخص قد يتمثل الواقعة المستقبلية على وجه القطع واليقين ، وقد يتصورها على أنها محتملة أو ممكنة . والفقه متفق على أن العلم اللازم لقيام القصد لا يشترط فيه أن يكون علماً أكيداً ، بل يكفي العلم بإمكان تحقق النتيجة طبقاً لما تقتضيه به سنن الحياة في الظروف التي ارتكب الفعل فيها ، ما دام هذا العلم لم يحمل صاحبه على النكوص على عقبيه ، بل مضى رغم ذلك في فعله غير مبال بما قد يسفر عنه هذا الفعل من نتائج يحظرها القانون (١).

ولا شك في توافر العلم بالضرر متى كان الاضرار بالغير هو الباعث الذي حمل الشخص على تغيير الحقيقة . غير أن تخلف هذا الباعث لا ينفي بالضرورة قيام القصد . والأمر يتوقف في النهاية على الظروف والملاسات الخاصة التي اقترنت بالفعل والتي يقدرها القاضي في كل حالة على حدة بروح من العدل والإنصاف . وليس في وسع أحد أن يصوغ قاعدة عامة محددة في هذا الشأن ، وكل ما يمكن قوله أن العلم بتغيير الحقيقة لا يعني دائماً انصراف النية إلى الإضرار بتحقوق الغير ، كما أنه - من جهة أخرى - لا يمكن القول ، بصفة مطلقة ، بأن تخلف هذه النية يوجب القضاء دائماً بالبراءة من التزوير . وإنما يقوم العلم أولاً حين تنصرف النية إلى الإضرار بالغير ، كما أنه يقوم حين يتمثل الجاني احتمال وقوع هذا الضرر ، ثم لا يمتنع ذلك من المضي في عمله ، بصرف النظر عن الغاية التي كان يرمى إليها من تغيير الحقيقة ، أي ولو كانت إرادته لم تنصرف أساساً إلى تحقيق هذا الضرر بالفعل (٢).

(١) وهذا الموضوع تتنازع نظريتان : نظرية الاحتمال والإمكان من جهة ، ونظرية القبول أو استواء حصول النتيجة من جهة أخرى . انظر في ذلك بوجه خاص : عبد المهيمن بكر - القصد الجنائي ص ١٤٦-١٥٧ ، ونجيب حسي : القصد الجنائي مجلة القانون والاقتصاد ص ٢٩ ص ١٦٤ وما بعدها ، شرح قانون العقوبات - القسم العام ص ٧٣٦-٧٣٧ ، وجلال ثروت - نظرية الجريمة المتعمدة القصد ص ٢٤٣-٢٤٨ ، ورمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي ص ٧٤٣-٧٥٠ .

(٢) Carrara, cit., n. 3671. راجع

٢٠ - **التمكن العلم لا يعمل العلم** : جهل الشخص بما ينطوى عليه تغير الحقيقة من خطر قد يكون جهلاً مبرراً أو غير مبرر . فثمة حالات يكون الجهل فيها وضعاً طبيعياً بالنسبة لشخص الجاني وما أحاط به من ظروف ، وهناك حالات يكون الجهل فيها وليد إهمال أو نزق كان في وسع الشخص أن يتوقاه لو أنه أمعن الفكر وبذل في هذا السبيل ما يبذله فرد من أوسط الناس ذكاء وحرصاً .

ويرى جارسون أن القصد الجنائي يتوافر لا عندهما يتوقع الجاني احتمال حدوث الضرر فحسب ، وإنما يتوافر أيضاً - عند قيام هذا الاحتمال - متى كان من واجب الجاني وفي وسعه أن يتوقعه . وليس له أن يتلوع بأن الفعل لم يكن يترامى له في صورة محتمل معها وقوع الضرر بأحد ، لأن من واجب الشخص أن يتوقع كل النتائج المترتبة على تغير الحقيقة ما دام قد أقدم على ذلك بكامل وعيه وإرادته (١) .

وتلقت الفقه والقضاء في مصر هذا الرأي ، وأضافا إليه ما لم يقل به جارسون . فهذا الأخير لا يعتبر موقف الجاني في الحالة الثانية عاملاً ولكنه يعطيه حكم العلم . أما في مصر فقد قفا الفقه أثر القضاء واعتبره عاملاً عن طريق الافتراض (٢) . والفرق واضح بين العلم الحكيم والعلم الغرضي . فالأول حالة لا ترفى إلى مرتبة العلم لانتقارها إلى عناصره ، ولكنها مع ذلك تأخذ حكمه لاعتبارات خاصة . أما الثاني فعلم حقيقي يسند إلى المتهمم ، ولا يميزه شيء سوى أن القاضي غير ملزم بتحريه ، لأن ظروف الواقعة ترشح لقيامه ، بل تقطع بوجوده ، ومن هنا ساغ افتراضه . وانراض

(١) Garçon, I, n. 397.

(٢) نقض ١٩٣٣/٥/١ مج ق. ق. ج ١ ص ٣٤٣ قاعدة ٦٣ ، ونقض ١٩٣٣/٦/٢٦ المرجع نفسه ص ٣٤١ قاعدة ٤٢ ، وانظر في الفقه المصري : السيد مصطفى ص ١٥٤ ، ومحمود مصطفى ص ١٥٠ ، ورئيس بهنام - اتقسم الخاص في قانون العقوبات ١٩٥٨ ص ١١١ ورووف ص ١٠٢ . أما أحمد أمين فيبدو أنه لا يؤيد هذا الرأي إذ أغفل الإشارة إليه تماماً ، انظر ص ٢٥٧ ، ويمترس على هذا الرأي عبد المهيمن بكر ص ٢٢٠ - ٢٢٢ .

العلم يدخل في دائرة الإثبات ، ولهذا نرجى مناقشة الرأي الذي قيل به في مصر حتى نعالج إثبات القصد . أما هنا فسوف نكتفي بمناقشة رأي جارسون .

لم يصرح جارسون - كما ذكرنا - بأن التخلّي عن العلم مع الالتزام بتحريره والقدرة عليه يعتبر علماً ، ولكنه يرى أنه يقوم مقامه في مجال القصد . ونقطة الضعف في هذا الرأي أنه يضع الجاني في مركز عجيب ، فإذا لم يكن رصيده النفسي علماً حقيقياً بالضرر ولا جهلاً يعتد به ، فإن مسأله رغم ذلك عن جريمة التزوير يكون مبناه حالة نفسية تشبه أن تكون علماً وتأخذ حكمه . وهذا المركز الوسط غريب على القانون ، فهو لا يعرف إلا العلم والجهل ، أما شبه العلم فلا يدري من أمره شيئاً (١) . والواقع

(١) يرتبط هذا الرأي ارتباطاً وثيقاً بالنظرية التي يمتنعها جارسون في القصد الاحتمال . فالأصل عنده أن الجاني يجب أن يسأل عن كل النتائج التي ترتب على فعله الاجرائي ، والتي تتفق مع السير الطبيعي والمادي للأمر ، والتي كان باستطاعته ومن واجبه أن يتوقعها . ولا تنفي مسؤوليته إلا بالنسبة للنتائج الشاذة غير المنتظرة ، وهي النتائج التي يستحيل أو يصعب عليه توقعها (جارسون - مادة ١ ، فقرة ٩٦) . ويتضح من ذلك أن جارسون ينحو في القصد الاحتمال منحى مختلفاً عن الفقهاء الفرنسيين الذين يتفقون معه في الاكتفاء باستطاعة التوقع وجوبه . فلكي يقوم القصد الاحتمال على هذا النحو يشترط هؤلاء الفقهاء فضلاً عن استطاعة التوقع شرطين : الأول ضرورة وجود قصد جنائي مباشر ، أي جريمة أولى عمدية ، فيتجاوزها فعل الشخص إلى نتيجة أخرى ، والثاني أن يكون هناك نص صريح في القانون يقرر المسؤولية من هذا القصد

أنظر : Garraud, 1, n. 301, 301: Vidal et Magnol, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire 1, n. 127., De Vabres, Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, n. 131.

وانظر كذلك المراجع الأخرى المشار إليها في نجيب حسن - القصد الجنائي فقرة (٧٢) . وعلى الرغم مما يؤمّد على رأي هؤلاء الفقهاء من أوجه نقد ، فإن تطبيقه على جريمة التزوير يؤدي بحكم المنطق إلى استبعاد قيام القصد في الحالة التي لا يتوقع الشخص فيها حصول الضرر كأثر لتغيير الحقيقة مع قدرته على ذلك ، فليست هناك نتيجة إجرامية أولى انصرف إليها قصد المباشرة ، كما أنه ليس في القانون نص خاص يحمله المسؤولية في هذه الظروف ، ولكن جارسون رغم ذلك يعتبر القصد الجنائي قائماً على أساس القدرة على العلم والالتزام به فحسب .

أن الأخذ برأى جارسون يؤدي إلى العقاب على التزوير باهمال ، لأن الجهل باحتمال الضرر مهما يكن جهلاً فاحشاً فإنه جهل على كل حال ، ولا يمكن أن ينقلب علماً على الإطلاق ، فمن المتفق عليه أن العلم يقاس بمعيار شخصي لا موضوعي ، وما دام الشخص لم يعلم فلا وجه للنهي عليه بأنه قاصر في تقليب الأمر على وجوهه وفي التبصر فيما يمكن أن ينشأ عن فعله من ضرر ، لأن ذلك محله أن يكون مستولاً على وجه الإهمال أو عدم الاحتياط ، أما ونحن في شأن مسألة عمدية فإن الخطأ لا يمكن أن يقوم مقام العلم التام الحقيقي (١) . ومن الغريب أن جارسون يسلم بذلك بالنسبة للعلم بتغيير الحقيقة ، إذ يقرر أن الإهمال في تحري الحقيقة لا يعدل العلم بها ولو كان باستطاعة الشخص الوصول إليها ببذل شيء من الدقة والحيطة في أداء العمل (٢) . ولسنا ندري لم فرق جارسون بين العلم بتغيير الحقيقة والعلم بالضرر ، فقبل بالنسبة للثاني ما رفضه بالنسبة للأول على الرغم من وجوب تماثل الحكم في الحالين .

(١) عبد المهيمن بكر - القسم الخامس ص ٢٢١ و ٢٢٢ . وينتقد الدكتور نجيب حسني فكرة امتكان العلم بقوله إن اعتبار «القصد الاحتمال» دائماً على استطاعة التوقع ووجوبه يعني الاعتراف بوجود القصد الاحتمال حيث لا يتوافر العلم الحقيقي بمتنصر الجريمة . وفي تجاهل أهمية العلم بمتنصر أساسي في القصد الجنائي اهدار لوجود القصد الجنائي ذاته ، خاصة إذا ملاحظنا أنه إذا لم يتوافر العلم بالواقعة فلا يتصور اتجاه الإرادة إليها ، إذ الإرادة لا تنصرف إلى واقعة إلا إذا أحاط بها العلم أولاً . فإذا جردنا فكرة القصد الجنائي من عنصرها على هذا النحو فقد أكدنا بذلك انقضاء القصد الجنائي . ولتأييد هذا القول فلاحظ أن استطاعة التوقع هي المتنصر الأساسي في الخطأ غير العمدية إذا لم يكن مصحوباً بالتوقع ، إذ يفترض أن الجنائي - حيناً اقترف الفعل - قد نزل بسلكه من القدر الذي يتطلبه القانون من الحيطة والحذر فلم يتوقع النتيجة التي تترتب على فعله ، ولم يحل دون حدوثها في حين كان في استطاعته ومن واجبه أن يتوقعها ، وأن يتخذ من أساليب الاحتياط ما يحول دون حدوثها . فإذا كانت استطاعة التوقع عنصراً في الخطأ غير العمدية ، فإن بديهيات المنطق القانوني تحول دون أن تعدم في الوقت نفسه عنصرها في القصد الجنائي « القصد الجنائي مجلة القانون والاقتصاد ص ٢٩ ص ٢٣٣

Gérçon n. 394, 395.

(٢) راجع :

المطلب الثاني

إثبات العلم بالتزوير

٢١ - تمهيد : بينا في المطلب السابق أن القصد العام في التزوير ليس فيه من الناحية الموضوعية جديد يميزه عن القصد العام في الجرائم الأخرى ، وإنما تثار الصعوبة عندما يراد إثبات هذا القصد . والإثبات مسألة إجرائية لا تختلط بالقصد ذاته ، وليس من شأن الاتفاق أو الاختلاف على القواعد التي يخضع لها الإثبات أن تهتز فكرة القصد أو تتأثر في معناها أو في مبناها . وموضع الخلاف في إثبات القصد في جريمة التزوير هو مدى ما يلتزم القاضي بإثباته من علم المتهم . أما وسيلة الإثبات فلا خلاف عليها ، إذ يهيمن على التشريعات المعاصرة جميعاً مبدأ عام هو حرية القاضي في تكوين عقيدته . فليس هناك دليل قانوني لا يبنى الحكم إلا عليه ، وليس هناك تدرج في مراتب الأدلة ، وإنما هي في مجموعها سواء . ومناطق رجحان دليل على آخر هو مدى ما محدثه من أثر في وجدان القاضي في كل حالة على حدة . غير أن حرية القاضي في تكوين عقيدته لا تعني التحكم من جانبه أو الاقتناع بالهوى المجرد . فهي ليست حرية في أن يقضى كما يشاء ولكنها حرية في أن يجمع من الأدلة ما يشاء وأن يكون عقيدته على ضوء هذه الأدلة بغير أن يتعرض ضميره لضغط من جانب القانون يحمله على الاعتداد بدليل بعينه وإطراح ماعداه (١) . وقضى تطبيقاً لذلك بأن أساس الأحكام الجنائية هو حرية قاضي الموضوع في تقدير الأدلة القائمة في الدعوى ، فما دام يبين من حكمه أنه لم يقض بالبراءة إلا بعد أن ألم بتلك الأدلة ووزنها فلم يقتنع وجدانه بصحتها فلا يجوز مصادرته في اعتقاده ولا المحادفة في حكمه أمام محكمة النقض ، كما أنه لا يحكم بالإدانة إلا إذا اطمأن ضميره لها بشرط أن يكون هذا الاطمئنان مستمداً من أدلة قائمة في الدعوى يصح في العقل

Leone, Lineamenti di diritto processuale penale, Napoli, (١)
1958, p. 316: De Marsico, Lezioni di diritto processuale penale,
Napoli, 1955, p. 174.

أن تؤدي إلى ما اقتنع به القاضى (١) . وقضى أيضاً بأن الأصل أن القاضى فى المواد الجنائية غير مقيد بأدلة معينة ، بل إن القانون قد ترك له كامل الحرية فى أن يكون عقيدته فى حقيقة الواقعة المرفوعة بها الدعوى أو فى علاقة المتهم بها من أى دليل يستخلصه مما يقدم له بالجلسة فى مقام الإثبات فى الدعوى ما دام الاستشهاد به غير محرم بصفة عامة (٢).

وقد ظهرت فى مجال إثبات القصد بصفة عامة — وفى جريمة التزوير على وجه الخصوص — نظرية تذهب إلى أن القصد يكمن فى الفعل ذاته ، بمعنى أن وقوع الفعل من الشخص ينهض قرينة على علمه بمختلف العناصر التى تدخل فى بناء الجريمة ، فلا يحتاج القاضى بعد ذلك إلى تحرى هذا العلم وإثباته ، وإنما على المتهم نفيه وحض هذه القرينة . وهناك اتجاه آخر يقل عن هذا نظراً ، فهو لا يفترض القصد جملة وإنما يقتصر على افتراض بعض عناصره . وسوف نعرض لكلا الرأيين فى شيء من القصد والإيجاز .

٢٢ - أولاً : نظرية « القصد يكمن فى الفعل » أو « الفعل يفترض القصد » :
Dolus in re ipsa aut inest.

تتلخص هذه النظرية فى أن التحقق من وقوع الفعل مادياً ومن صدوره عن شخص معين يتضمن فى الوقت ذاته إثبات القصد الجنائى فى جانبه بغير حاجة إلى التحقق من هذا القصد استقلالاً ، وطبق البعض هذه النظرية على جريمة التزوير فقالوا إن تغيير الحقيقة فى محرر على يد شخص معين يقوم بذاته قرينة على توافر القصد الجنائى اللازم فى جريمة التزوير (٣) .

(١) نقض ١٩٥٣/٨/١ مج ق. ق. ١ ص ٢٧ قاعدة ٩ .

(٢) نقض ١٩٥٢/٦/٨ مج ق. ق. ١ ص ٨٣ قاعدة ٥٢٣ .

(٣) قال هذا الرأى فى إيطاليا : Impallémentil II, Codice penale illus-
trato, Torino, 1890—1891, II, p. 20.

وليس بمعقول أن تكون هذه النظرية قد ظهرت في عصور البداوة الفكرية حيث كانت المسؤولية الجنائية تبنى على الفعل وحده ، وإنما المعقول أن تكون قد عاصرت مرحلة بلغ فيها الفكر القانوني درجة من الوعى والنضج جعلته لا يسوغ بناء هذه المسؤولية على الفعل المادى وحده ، وهيأته لتقبل الاعتداد كذلك بالموقف النفسى للجاني وقت ارتكاب الفعل . وبعبارة أخرى فان هذه النظرية تحمل آثار فكر متقدم يقيم المسؤولية الجنائية على الخطأ ، ذلك لأنها تفترض القصد ، وانفrazه يعنى التسليم بلزومه . وصيغة هذه النظرية تحدد مجال انطباقها ، فهى تحدث أثرها في نطاق قانون الاجراءات لا في نطاق قانون العقوبات ، لأنها لا تبتدع حكماً جنائياً جديداً ولا توسع في نطاق حكم جنائى قائم ، وإنما هى تستحدث قرينة تدخل بها في دائرة الإثبات .

= ويطبقه في فرنسا Rossi على التزوير المادى دون المعنوى , III, Traité du dr. pén., p. 243. واعتنق فتى زغلول في مصر رأى Rossi ، فقد جاء في رسالة التزوير في الأوراق ما يلي : العمد إما موضوعي أو نسبي . فالعمد الموضوعي هو الذى يكون ملازماً للفعل المحرم فلا يحتاج في إثباته لغير إقامة الدليل على وقوع ذلك الفعل من المسند اليه . والعمد النسبي هو الذى لا يؤخذ طبعاً من الفعل المحرم ، ولذلك يلزم في إثباته إقامة دليل مخصوص به غير وقوع الفعل المسند إلى المتهم . وشاهدنا على ذلك تحرير المادتين ١٨٩ و ١٩١ (تقابلان المادتين ٢١١ ، ٢١٣) ، فان الثانية جاءت بلفظين لم تذكر في الأولى ، وهما قولها « يقصد التزوير » . وليس المقصود من ذلك أن الفعل المادى وحده معاقب عليه إذا دخل تحت نص المادة ١٨٩ وأنه لابد من العمد في الأحوال المنصوص عليها في المادة ١٩١ ، لأن ذلك يكون خروجاً على القواعد العمومية ، فلا بد من العمد في كل جريمة . إنما الفرض من ذكر هذا القيد في المادة الثانية وتركه في المادة الأولى بيان أن العمد مشكوك فيه بالنسبة لأحوال المادة ١٩١ ، فيجب بيانه بياناً كافياً في الاتهام والأحكام ، وأنه ظاهر جلي في أحوال المادة ١٨٩ ، لتحقيق الفعل يستلزم وجوده . وفي الواقع يمد أن رجلاً عاقلاً مختاراً يضع امضاء مزورة أو يمسح كلمات في البناتير أو يزيد على المكتوب بعد تمامه أو يتحرق وثيقة على غيره وهو لا يريد سوءاً من ذلك . فلا يلزم المشتكى إذن إلا أن يبرهن على صدور الفعل من المتهم ، ولهذا أن يبره نفسه إذا أثبت أنه لم يكن في فعله متعمداً ، لأنه يكون إذن في حالة استثنائية هو المكلف بإقامة الحجة عليها . والحال غير ذلك بالنظر إلى الأحوال المنصوص عنها في المادة ١٩١ فالرء يخطئ في فهم مايلقى عليه أو في تحرير ما قام بفكره أو ينسى بعض الظروف المهمة في الواقعة عند تحريرها ، ولا يكون له في ذلك قصد سوء ، وعلى هذا وجب أن المشتكى يقرر. العمد بمد إثبات صدور الفعل من المسند إليه » فتضى زغلول ص ٥٨ - ٦٠ .

ويرجع الشراح أن تكون هذه النظرية قد ولدت على يد الرومان ، ولكنهم مع ذلك يختلفون في أساليبها المنطقي عندهم ، فيرى البعض أن الرومان أقاموها على ركيزتين منطقيتين : أولاها أن أصديق معيار للحكم على تصرف الإنسان هو نيته ، والثانية أن الأصل في الإنسان أن الآثار التي تترتب على فعله — سواء كانت طيبة أو سيئة — هي آثار مرادة من جانبه . فإذا ترتبت على هذا الفعل آثار لم يسع إليها فذلك خروج على الأصل يلزمه إثباته ، وإلا صحح افتراض نسبة هذه الآثار إلى إرادته (١) . ومعنى ذلك أن الرومان افترضوا علم الإنسان بفعله وانصراف إرادته إلى ارتكابه لجرد وقوعه منه ، وافترضوا كذلك علمه بنتائج هذا الفعل وإرادته إياها لجرد وجود علاقة سببية بين الفعل وهذه النتائج . غير أن أغلب الشراح يرون تعليلا لهذه النظرية أن الرومان — كغيرهم — وقفوا حيارى أمام تقييم سلوك الإنسان من الناحية الجنائية ، وعجزوا عن تلمس دليل حاسم يحدد موقفه النفسي ساعة إتيان هذا السلوك ، لأن نفس الإنسان لا يسر غورها ولا يتسنى كشف حقيقتها ورصد اتجاهاتها بطريقة مباشرة . ولهذا لم يجدوا مفرأ من الاستعانة بكل الظروف الخارجية التي يقرها المنطق ، سواء كانت سابقة على الفعل أو معاصرة له أو لاحقة عليه . ولذلك افترضوا أن الفعل ينطوي على القصد ، على أساس أن الفعل هو أبرز ما يشف عنه (٢) :

نقد هذه النظرية : وصفت هذه النظرية بحق بأنها نكسة أوردة فكرية خطيرة يراد بها إرغام الضمير القانوني على العودة إلى عهود طفولته الأولى لأنها في نهاية المطاف تقيم المسؤولية الجنائية — عملا — على الفعل وحده (٣) . وليس يدرك عنها هذا الوصف أنها تسلم بالقصد وإنما تقترض ثبوته فحسب ، لأن افتراض القصد يغني القاضي عن تلمسه ، ويضع المهتم في مركز دقيق لا يختلف كثيراً عن مركز المهتم الذي يتحدد مسؤوليته على أساس الفعل وحده :

(١) من هذا الرأي قضى زغلول : المرجع والموضع السابقان .

(٢) راجع : Bricola, Dolus in re ipsa, Milano, 1960, p. 9 — 11

(٣) راجع : Antolisei, parte speciale, cit., p. 463, Bricola, cit., p. 9.

وفضلاً عن ذلك فإن أساس النظرية واه لا يصمد أمام النظرة الناقذة .
فهى تجعل ارتكاب الفعل قرينة قانونية على قيام القصد، وهذه القرينة فاسدة ،
لأن القرينة وسيلة يستدل بها على واقعة لم تثبت بالدليل المباشر نتيجة لثبوت
واقعة أخرى بدليل مباشر ، وذلك لما بين الواقعتين من تلازم اهتدى إليه
الإنسان من خلال تجاربه السابقة . وهذه القرينة لا تثبتقر الا بنص فى القانون
وفى أضيق الحدود (١) ، فاذا لم ينص القانون عليها — صراحة ولا ضمناً —
فليس بوسع القاضى أن يبتدع قرينة قانونية من عنده ، وإنما يتعين عليه
أن يثبت كل واقعة منتجة فى الدعوى بما يتفق وطبيعتها . وليس فى القانون
قرينة تفترض ثبوت القصد من مجرد ارتكاب الفعل ، فوجب على القاضى
أن يتحراه لا أن يفترضه من تلقاء نفسه (٢) .

وبعض عناصر الدعوى يستعصى بطبيعته على الدليل المباشر ، فلا يملك
القاضى إثباته إلا باستخدام الأدلة غير المباشرة ، أى انه يركز جهده على
واقعة مادية محددة فيثبت منها أولاً بالدليل المباشر ، حتى إذا اطمأن إليها
أمكنه أن يقرر ثبوت الواقعة الأخرى متى كانت الواقعتان متلازمتين
بحكم المنطق البشرى . وفى هذه الحالة تكون الواقعة الأخرى قد استنتجت
ولا نقول افترضت (٣) ، لأن الفرق بين الافتراض والاستنتاج أن التلازم
بين الواقعة التى ثبتت وتلك التى افترضت مقرر من قبل الشارع وإن اهتدى
فيه بحكم التجربة ، ولذلك لا يلتزم القاضى بتحرى هذا التلازم حين يعرض

(١) راجع عبد المهيمن بكر — القصد الجنائى ص ٢٤٤ و 42، Bricola, cit.,
(٢) وليس صحيحاً ما يقرره فتوى زغلول — اقتضاء Rossi من أن هذه القرينة فى التزوير
مستفادة من إضافة عبارة « يقصد التزوير » إلى المادة ٢١٣ (١٩١ قديم) ومن إغفال النص عليها
فى المادة ٢١١ (١٨٩ قديم) ، فالمرجع ينص فى بعض المواد على لفظ « عدم » ويفتقر ذلك فى مظهرها
ومع ذلك لم يقل أحد بوجود إثبات القصد فى الجرائم التى يرد النص فيها على القصد وافتراضه
فيها عداه . وقد استطاع الفقه المصرى السائد أن يجعل لهذه العبارة وظيفة أخرى فقد استتبع منها
وجود قصد خاص فى التزوير الممنوع ، ثم لم يقصر هذا القصد على التزوير الممنوع وحده ، بل
صره كذلك إلى التزوير المادى بالرغم من جملو المادة ٢١١ من عبارة مماثلة . ولنا عودة إلى هذا
الموضوع عند دراسة القصد الخاص .

(٣) Bricola, cit., p. 44 — 47.

الأمر عليه ، أما التلازم بين الواقعة التي ثبتت والواقعة المستنتجة فإنه تلازم بقرره القاضي في كل حالة على حدة ، ومنطقه في هذا الشأن يخضع لرقابة محكمة النقض .

ولما كان القصد حالة نفسية خالصة يتعذر إقامة الدليل المباشر عليها فإنه يسوغ للقاضي أن يتلمس عناصره بإقامة الأدلة على وقائع مادية تتميز عنه ولكنها ترتبط به ارتباط لزوم (٢) . غير أنه إذا كان الفعل من الأمور التي تدل على وجود القصد ، فإن هذه الدلالة ليست حاسمة ، لأن التجربة لا ترفض نفى هذا الارتباط في كثير من الأحيان (٣) . وليس بمستبعد في جريمة التزوير أن يغير الإنسان الحقيقة في محرر وهو يجهل هذه الحقيقة أو يجهل ماهية ما يكتبه ، أو يجهل ما بين الأمرين من اختلاف . وليس بمستبعد أيضاً أن يكون الشخص بالرغم من تغييره الحقيقة بكامل وعيه وإدراكه قد فعل ذلك عن يقين لا يشوبه ريب في انتفاء كل ضرر يترتب على هذا التغيير . وإذا كان الارتباط بين تغيير الحقيقة — وهو الفعل — وبين القصد الجنائي في التزوير محل شك على هذا النحو ، فإن استخلاص القصد من الفعل وحده يكون استخلاصاً معيماً يصح الحكم بالقصور :

(١) نجيب حسي — القصد الجنائي — مجلة القانون والاقتصاد ص ٢٩ ص ١٩١ .

(٢) Bricola, cit, p. 12—13 ، رمسيس بهنام — النظرية العامة للقانون الجنائي ص

٧٧٢ — ٧٧٣ .

(٣) قضي في إيطاليا بأن القصد اللازم في جريمة التزوير لا يصبح اختياره كامناً في ذات الفعل (نقض لإطال في ١٩٣٤/٢/٥) ، وقضي أيضاً بأن من الخطأ في موضوع التزوير أن يقال بأن القصد يمكن في تغيير الحقيقة ، لأن ذلك لا يفيد سوى ثبوت العناصر المادية للجريمة فحسب ، ولا بد في إثبات القصد من بيان العناصر التي يمكن من خلالها القطع بوجوده (نقض لإطال في ١٩٢٩/٤/٢٩) . وقضي في مصر بأن قول المحكمة بأن العلم مفروض لدى التهم وأنه ليس له أن يدعى أنه لا يعلم بأن المادة مخدرة لا سند له من القانون ولا يمكن إقراره ، فإن القصد الجنائي من أركان الجريمة فيجب أن يكون ثبوته فعلياً ، ولا يصح افتراضه افتراضاً قد لا يتفق والحقيقة في واقعة الدعوى « نقض ١٩٤٦/٣/١٢ مج ق.ق. ج ٢ ص ١٠٤٩ قاعدة ٤٥ . قارن رمسيس بهنام — المرجع السابق ص ٧٧٥ .

وقد عنى فقهاء القانون الجنائي بوضع علامات يهتدى بها القاضى فلايزل وهو يمارس هذا الاستنتاج ، فقالوا إنه لكى يصح استنباط القصد - وهو أمر مجهول - من وقائع أجنبية عنه ، يجب أن تكون هذه الوقائع متعلدة ، وأن تثبت بطريق قطعى ، وألا يكون بينها تعارض ، وأن تؤدى فى النهاية وبحكم اللزوم العقلى إلى إثبات هذا القصد (١) . وهذا اللزوم العقلى ثمرة الخبرة البشرية وتجارب الإنسان ، وليس ثمة معيار يحدده سوى هذا القانون . فإذا لم يتم هذا التلازم انقطع الرباط المنطقى الذى ينتظم الواقعة التى ثبتت وتلك التى يراد إثباتها ، وأصبح الربط بينهما تحكماً واعتسافاً ،

وهذه القيود نفسها تميز الاستنتاج - أو القرينة القضائية كما يسمى عن الشكوك أو الشبهات . فالشبهة إحساس غامض يخامر النفس وشعور مبهم يخالجه دون أن يكون ثمة أساس واقعى يستند إليه (٢) . أما الاستنتاج أو القرينة القضائية فإنه يقين راسخ واعتقاد جازم بثبوت أمر معين بناء على ما تقضى به قوانين الخبرة والتجربة . ولذلك يصح بناء الأحكام على القرائن القضائية ، ولا يجوز بناؤها على مجرد الشكوك أو مطلق الشبهات .

وقد يعترض على ذلك بأن إثبات القصد فعليا أمر يبلو عسيراً فى كثير من الأحيان ، يرهق سلطة الاتهام بل قد يعجزها ، وقد يؤدى ذلك إلى إفلات بعض الجناة من العقاب . ولكن هذا الاعتراض يتضامل معى لاحظنا مرونة القواعد الإجرائية واتساع صدرها لقبول الأدلة غير المباشرة فى إثبات القصد . والإثبات بهذه الوسيلة ممكن لا إعجاز فيه ولا إرهاق . ومع ذلك فن قال إن صعوبة الإثبات تبرر افتراض ما يصعب إثباته ؟ إن هذا القول لو صح لانتهى بنا إلى نتيجة شاذة ، هى أن إثبات الصعب يصحح أبسر من إثبات ما عداه ، وهو ما لا يقبله الفكر السليم لسببين :

(١) راجع : Santoro, cit., p. 463; Bricola, cit., p. 44-50

(٢) راجع : Santoro, cit., p. 463

الأول أن القرائن القانونية في مجال الإثبات خروج على الأصل العام ، فهي لا تنقرر إلا استثناءً وبنص خاص في القانون ، والثاني أن تقرير القرينة لا يرجع إلى صعوبة إثبات الواقعة وإفتراضها تحكماً ، وإنما يرجع إلى قانون الخبرة والتجربة الذي لا خلاف عليه ، أى إلى أن الأمر المفترض هو ما يقع في الحياة غالباً *Id quod plerumque accidit* .

٢٣ - (ثانياً) افتراض العلم بالضرر :

لم تعد نظرية «التقصّد يكتن في الفعل» أو «الفعل يفترض التقصّد» تجد لها اليوم أنصاراً يدافعون عنها ، ولكنها مع ذلك لم تطرح تماماً . فقد عاد الفقه والقضاء إلى الأخذ بها بالنسبة لبعض عناصر التقصّد ، وعلى الأخص بالنسبة لعنصر العلم بالضرر . وتأكد ذلك في حكمتين أصدرتهما محكمة النقض في مصر ، قضت في أولهما بأن «العلم المشروط توافره مبدئياً لتحقيق الركن الأدنى للجريمة التزوير والذي يتطلب فيه الإحاطة بجميع أركان الجريمة يكتن في بعض الأحوال أن يكون علماً فرضياً ، وبخاصة فيما يتعلق بالإحاطة بركن الضرر . فإنه لا يشترط أن يعلم المتهم علماً وإقناعاً فعلياً بأن تغيير الحقيقة الذي ارتكبه من شأنه أن يحدث ضرراً ، بل من المتفق عليه أنه يكفي أن يكون في وسعه ومن واجبه أن يعلم ذلك . ويستوى في هذا أن يكون عدم علمه ناشئاً عن جهل بالقانون أو جهل بحقيقة الواقع ، إذ أنه يجب أن يتحمل جميع النتائج المترتبة على تغييره الحقيقة التي كان من واجبه وفي وسعه أن يتحرى احتمال حصولها» (٢) . وقضت في الثاني بأن «العلم فيما يتعلق بعنصر الضرر على الخصوص لا يشترط فيه أن يكون علماً واقعياً فعلياً ، بل من المتفق عليه أنه يكفي لإمكان القول بتوافر هذا العنصر أن يكون في وسع الجاني أن يعلم أن من شأن تغييره للحقيقة أن يترتب عليه ضرر ، سواء علم ذلك فعلاً ، وتصور الضرر مشجماً أمام بصيرته أم لا . ولا يقبل من الجاني أن يعتذر بعلم

(١) راجع : Bricola, cit., p. 42 — 44.

(٢) نفس ١٩٣٢/٥١ مج ق. ق. ج ١ ص ٣٤٣ قاعدة ٦٣ .

إدراكه وجه الضرر ، بل إن من واجبه عند مقارفته تغيير الحقيقة أن يقلب الأمر على كل وجوهه وأن يترى ويستبصر فيما قد يمكن أن يحدث من الضرر من أثر فعله فإن قصر في هذا الواجب فإن قصيره لا يدفع عنه المسؤولية (١) .

واقضى الفقه في مصر أثر النقص ، فشاع فيه القول بافترض العلم بما قد ينشأ عن تغيير الحقيقة في المحرور من ضرر ، سواء علم الجاني ذلك بالفعل أو لم يعلمه نتيجة جهله بالواقع أو بالقانون (٢) .

وقد انساق الفقه والقضاء معاً وراء جارسون ، فأسببا مذهبهما على رأيه في العلم بالضرر . غير أنهما خلعا على الرأي ثوباً إجرائياً ، إذ انتقلا به من دائرة قانون العقوبات إلى دائرة قانون الإجراءات (٣) فالرأي المصري لا يشوه فكرة القصد ، لأنه يستلزم العلم في كل الأحوال ؛ ولكنه يفترض هذا العلم متى كان من واجب الجاني وفي وسعه لو تدبر الأمر أن يحيط بنتائج فعله .

وهذا الرأي منتقد ، لأنه تطبيق جزئي لنظرية *Dolus in re ipsa* ولذلك فإن كل ما وجهناه لهذه النظرية من نقد يصح كذلك بالنسبة لهذا الرأي (٤) . بل إن الرأي المصري في صيغته التي قدمتها لنا محكمة النقض

(١) نقض ١٩٣٣/٦/٢٦ مج في.د. ج ١ ص ٤٣١ قاعدة ٤٢ .

(٢) السيد مصطفى ص ١٥٤ ، محمود مصطفى ص ١٥٠ ، رمسيس هشام ص ١١١ ، روٹوف حبيب ص ١٠٢ .

(٣) يلاحظ أن جارسون لم يتحدث عن قرينة العلم هذه ، وإنما اعتبر جريمة التزوير واقعة إذا كان الشخص عالماً باحتمال ترتب الضرر على المحرر المزور وكذلك إذا كان في وسعه ومن واجبه أن يعلم ذلك .

Nous irions même plus loin : le faux est constitué, non seulement si l'agent a su que l'écrit pouvait causer un préjudice, mais encore s'il a pu et du le savoir — Il devait prévoir toutes les conséquences de l'altération de la vérité qu'il commettait sciemment et volontairement Garçon, n. 397.

(٤) انظر في نقد هذا الرأي أيضاً جيز الميمن بكر - القيم الخامس ٢٢٠ - ٢٢٢ ورسالة في القصد الجنائي ص ٢٤٢ - ٢٤٦ .

يبدو أشد إسرافاً وغلواً مما نادى به دعاة نظرية «الفعل يفترض القصد» .
فهؤلاء يستنبطون من الفعل قرينة بسيطة على توفر القصد تخفى ساطعة التحقيق
عن إثباته وتلقى على عاتق المتهم نفيه . ولذلك يقول فتحي زغلول : إن
المشتكى لا يلزمه إلا أن يبرهن على صدور الفعل من المتهم ، ولهذا أن يبرىء
نفسه إذا أثبت أنه لم يكن في فعله متعمداً ، لأنه يكون إذن في حالة استثنائية
هو المكلف بإقامة الحجة عليها (١) . أما محكمة النقض ، ومعها الفقه ،
فيوصدان في وجه المتهم هذا الباب ، ويقيان من فعله قرينة قانونية قاطعة
على علمه ، سواء علم حقيقة باحتمال الضرر أو لم يعلم . وهكذا يمتنع القضاء
والفقه لنفسهما أن يبتدعا قرينة قانونية أولاً ، وقاطعة ثانياً :

ومن عجب أن محكمة النقض نفسها تقف في كثير من أحكامها بشدة
في وجه المحاولات التي تبذل لافتراض القصد (٢) . وتصر على وجوب
ثبوته ثبوتاً فعلياً . وهي تقول في حكم لها «إن القصد الجنائي من أركان
الجريمة ، فيجب أن يكون ثبوته فعلياً ، ولا يصح افتراضه افتراضاً قد
لا يتفق والحقيقة في واقعة الدعوى» (٣) ، وترفض في جريمة التزوير
ذاتها افتراض العلم بتغيير الحقيقة ، وتشرط ثبوت هذا العلم ثبوتاً
فعلياً ، فقد قضت بعض أحكامها بأنه «لما كان يلزم في التزوير توفر
علم المتهم بأنه يغير الحقيقة ، وكانت الحقائق القانونية في المواد الجنائية
لا يصح أخذها بالظنون والفروض ، بل يجب أن تكون قائمة على يقين
فعلي ، فإن الحكم الذي يقام على القول بأن المتهم من واجبه أن يعرف
الحقيقة ، أو أنه كان في وسعه أن يعرفها ، فيعتبر بذلك عالمًا وإن كان
لم يعلمها بالفعل ، يكون معيباً واجباً نقضه» (٤) . وظاهر أن الحكم الذي

(١) فتحي زغلول : المرجع والموضع السابقان .

(٢) فيما عدا الجرائم الثلاثة حيث تفترض العلم على نحو ما تفعله بالنسبة للضرر في التزوير

(٣) ١٢/٣/١٩٤٩ ، وقد سبق الإشارة إليه .

(٤) نقض ٢٨/٢/١٩٤٩ سج ق. ١ ص ٣٤٥ قاعدة ٧٦ وانظر كذلك نقض

١٣/٣/١٩٤٢ المرجع السابق ص ٣٤٤ قاعدة ٦٤ نقض ١/١٠/٥٦ سج ص ٧ ص ٩٦٢

قاعدة ٢٦٢ .

ألفته محكمة النقض لم يأت في موضوع القصد بجديد ، فهو لم يزد على أن استعار منطق المحكمة العليا نفسها في العلم بالضرر ، بل وعباراتها أيضاً ، ثم أعماه بالنسبة للعلم بتغيير الحقيقة . ولكن محكمة النقض لم ترض عن هذا القضاء ، ورفضت أن تسوى بين الأمرين ، ولو شاعت أن تقيم قرينة قانونية قاطعة على العلم بتغيير الحقيقة لما كانت هذه القرينة أكثر شذوذاً من التي استقرت عليها في العلم بالضرر .

وثبت قضاء محكمة النقض أيضاً منذ صدور قانون قمع التدليس والغش في سنة ١٩٤١ على وجوب ثبوت علم المتهم بالغش على وجه اليقين لا على سبيل الظن والافتراض (١) . ولم تتحول عن قضائها إلا بعد أن تدخل الشارع في سنة ١٩٥٥ - ثم في سنة ١٩٦١ - فأضاف إلى المادة الثانية من هذا القانون فقرة جديدة نص فيها على أنه «يقرض العلم بالغش والفساد إذا كان الخالف من المشتغلين بالتجارة أو من الباعة الجائلين ، ما لم يثبت حسن نيته ومصدر المواد موضوع الجريمة» .

٢٤ - افتراض العلم بالقانون غير الجنائي :

قد تكون الحقيقة التي بناها التغيير حقيقة قانونية ، كالموانع الشرعية التي يقررها قانون الأحوال الشخصية ويرتب عليها تحريم اقتران رجل معين بامرأة معينة أو بآية امرأة أخرى . وقد يجهل الشخص هذه الحقيقة بسبب جهله بالقاعدة القانونية التي قررتها ، فينكر في وثيقة الزواج قيام المانع رغم وجوده . وقد رأينا الرأي السائد فقهاً والمعمول به قضاءً يعتد بهذا الجهل في نفي القصد الجنائي وينزله منزلة الجهل بالواقع ، بل إن محكمة النقض عندنا تعتبره جهلاً بالواقع ذاته .

فإلى أي حد تصل المساواة بين القوانين غير الجنائية والواقع ؟ هل تصل هذه المساواة إلى أقصى مداها فيجرب على إثبات العلم بتلك القوانين ما يجرب على إثبات العلم بالواقع من أحكام ؟

(١) راجع في هذا الشأن مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ٨٨٨ - ٨٩٢ ، القواعد من ٥٧ إلى ٨٦ .

أجابت محكمة النقض عن هذا السؤال في حكم لها قالت فيه : « يجب على قاضي الدعوى ألا يقبل الاعتذار بمثل هذا الجهل إلا إذا أقام صاحبه الدليل القاطع على أنه تحرى تحرياً كافياً ، وأن اعتقاده الذي اعتقده بأنه يباشر عملاً مشروعاً كانت له أسباب «مقبولة» (١) . ومفاد ذلك أولاً : أن سلطة الاتهام غير ملزمة بإثبات علم المتهم بالقوانين غير الجنائية ، وثانياً : أنه لا يقبل من المتهم مجرد الاحتجاج بالجهل بها وإنما عليه أن يثبت هذا الجهل بإقامة الدليل على أنه تحرى الأمر تحرياً كافياً وأنه كان يعتقد أن عمله مشروع .

أما عن الأمر الأول فلا شبهة في صحة ما قضيت به المحكمة ، لأننا إذا كنا عند تطبيق القوانين الجنائية لا نسوى تماماً بين هذه القوانين والقوانين غير الجنائية من حيث العلم ، وإنما نعامل هذه الأخيرة معاملة الوقائع ، فلنستلزم نصل مع ذلك إلى حد المساواة التامة بين القوانين غير الجنائية والوقائع من حيث الإثبات . فالشخص مأخوذ بالقوانين غير الجنائية في مجالات تطبيقها ، سواء كان عالماً بها أو غير عالم . ولذلك يبطل عقد الزواج ولو كان عاقده يجهل أن قانون الأحوال الشخصية يحرم البناء بالأغوات من الرضاة أو بعمة الزوجة أو بحالتها .

والأمر الذي لا شك فيه أن مناطق الخلاف بين القوانين الجنائية وغير الجنائية لا يتمثل في افتراض العلم بالأولى والجهل بالثانية ، وإنما ينحصر أولاً وأخيراً في مدى الاعتداد بجهل أحكام كل منهما . أما عن القوانين الجنائية فالإجماع منعقد على عدم جواز الاحتجاج بالجهل بها ، وأما بالنسبة للقوانين غير الجنائية فجمهور الفقه على جواز الاحتجاج بجهلها . واقتصر الخلاف على هذه المسألة له دلالة ومغزاه . فالمرء لا يدفع بجهله أمراً إلا إذا كان العلم به منسوباً إليه ومحسوباً عليه . وذلك ما نراه . فالشخص حين يمثل أمام القضاء الجنائي تصبحه قرينة على علمه بكافة القوانين ، جنائية وغير جنائية . كل ما في الأمر أن هذه

(١) نقض ١٩٤٣/٥/١٠ مج ق.ق. ج١ ص ٣٤٩ قاعده ١٠٢ .

القرينة قاطعة بالنسبة للقوانين الجنائية فلا يملك إثبات عكسها ، وأنها بسيطة في القوانين الأخرى ، يؤخذ بها حتى يقيم الدليل على عكسها . ولذلك لا يلقى عبء اثبات العلم بهذه القوانين على عاتق النيابة — كما هو الشأن في اثبات الوقائع — ، وإنما يلتزم المتهم بإثبات بجهله بها إذا ادعاه .

أما عن الأمر الثاني فقد رأينا المحكمة العليا ترسم لإثبات الجهل طريقاً محددة ، فلا يكفي لديها مجرد الادعاء وإنما يجب على المتهم أن يثبت أنه تحرى تحرياً كافياً وأن اعتقاده بمشروعية الفعل كانت له أسباب معقولة . ويبدو أن المحكمة تقيس هذه الحالة على حالة الموظف العمومي الذي يأتي بحسن نية ، ومع التزام الشروط الأخرى التي نصت عليها المادة ٦٣ غ عملاً يعتقد أنه مشروع . ويعترض بعض الفقهاء على تقييد إثبات الجهل بهذه القيود ، ولا يرون سنداً لاشتراط اقترانه بالثبوت والتحرى وقيامه على أسباب معقولة ، ويكفي في اعتقادهم أن يكون غلطاً مجرداً أي بدون وصف (١) .

والذي نستنتجه من عبارات حكم النقض أن المحكمة لا تمنع بثوت الجهل وحده ، بل تشترط لإثبات الغلط أيضاً . أى أنه لا يكفي لديها أن يثبت المتهم خلوه ذهنه تماماً من حكم القانون ، وإنما عليه أن يثبت أنه كانت تنطبع في ذهنه صورة عكسية استقرت فيه بعد الثبوت والتحرى وأظهرت له عمله في مظهر مشروع .

ولقد نقبل منطق النقض بحسبانه طريقة لإثبات الجهل ، لأن الغلط يفرض إليه ، أو هو مظهر من مظاهره ، فإذا ثبت الغلط ثبت الجهل بحكم الزوم . ولكننا لا نملك التسليم بأن هذه هي الطريقة الوحيدة لإثبات الجهل وأن ما عداها مرفوض . ولذلك فإننا نؤيد الفقه في اعتراضه على التقييد الذي وضعته محكمة النقض في هذا الشأن ، ونرى جواز كل دليل يصلح لإقناع القاضي بجهل القانون غير الجنائي .

(١) عبد المهيمن بكر : التقصد الجنائي ص ٢١٤ هامش ٢ ، وانظر حل راشد : مبادئ القانون الجنائي ١٩٤٨ ص ٦٢٦ هامش ٢ .

وختلاصة ما تقدم أن العلم بالقانون غير الجنائي - باعتباره عنصراً في القصد - لا يلزم إثباته ، وإنما الاحتجاج بالجهل به هو الذى يقتضى ممن يدفع به أن يثبت ، وله فى سبيل ذلك أن يلجأ إلى كل وسيلة من شأنها إقناع القاضى بصحة مدعاه .^١

المبحث الثانى

القصد الخاص

٢٥ - تمهيد : يذهب الفقه والقضاء فى مصر وفرنسا فى شبه إجماع إلى أن القصد العام وحده لا يستغرق الركن الأدنى فى التزوير ، وإنما يستكمل هذا الركن عناصره حين يقترن القصد العام بنية خاصة تتوفر لدى الجانى . ولذا يعتبر التزوير جريمة ذات قصد خاص . ويرى الفقه أن هذا القصد مستفاد فى التشريع المصرى من نص المادة ٢١٣ من قانون العقوبات ، فهى تشترط أن يكون التغيير حاصلًا «بقصد التزوير» . وهذا القصد ترجمة لكلمة *frauduleusement* الواردة فى النص الفرنسى للمادة ، ومعناها «بقصد الغش» . والفقه متفق على لزوم هذا القصد فى التزوير المادى المعاقب عليه بالمادة ٢١١ من قانون العقوبات ، وإن لم يذكر صراحة فيها ، لأن القصد فى التزوير لا يتنوع تبعاً لطريقة ارتكابه ، فهو خاص فى التزوير المادى كما هو خاص فى التزوير المعنوى (١) .

غير أن اجتماع كلمة الفقه على لزوم القصد الخاص فى التزوير لم يحل دون اختلاف الفقهاء على تحديده . فذهب البعض إلى أنه نية الإضرار بالغش ، وذهب البعض الآخر إلى أنه نية الاحتجاج بالمحرر المزور على أمر ليس للمزور حق فيه ، وقرر آخرون أنه قصد الغش ، أما رأى السائد فقها والمعمول به اليوم قضاء فيحدده بنية استعمال المحرر المزور فيما زور من أجله .

(١) أحمد أمين ص ٢٥٩ و ٢٦٠ ، السيد مصطفى ص ١٥٥ ، محمود إبراهيم اسماعيل ص ٢٩٠ ، عبد المهيم بكر ص ٢٢٢ ، جنى عبد الملك ج ٢ ص ٤٣١ فقرة ٢١٨ .

٢٦ - أولاً : نية الأضرار بالغير :

يرى جانب من الفقه في فرنسا (١) أن القصد الخاص في التزوير ينحصر في نية الإضرار بالغير . ويعلمون هذا القصد بأنه نابع من طبيعة التزوير ذاتها ، فاصطناع المحرر أو تغييره ليس في ذاته إلا عملاً تحضيرياً للجريمة ، وهو لا يستمد صفته الإجرامية إلا من الغاية التي يسعى الجاني إلى تحقيقها . فجريمة التزوير لا تقع في حقيقة الأمر إلا باستعمال المحرر المزور إضراراً بالغير . وإذا كان الشارع قد وسع أن يعاقب استقلالاً على كل من فعل التزوير والاستعمال ، فقد وجب على الأقل أن يقرن التزوير بنية استعمال المحرر المزور للإضرار بالغير ، وأن تحمل هذه النية محل واقعة الاستعمال نفسها . فإن تخلفت هذه النية الخاصة كانت الواقعة مجرد تغيير مادي لا يصلح أساساً لتزوير معاقب عليه . ويرى أنصار هذا الرأي أن نية الإضرار في التزوير متفق عليها منذ عهد الرومان ، ويقررون أن «قصد الغش» الذي اشتمل عليه القانون الفرنسي الحالي هو عينه «قصد الإساءة والإضرار بالغير الذي كان منصوصاً عليه في قانون سنة ١٧٩١ faux commis méchamment et à dessein de nuire

ولا تقتصر نية الإضرار في فقه هذه النظرية على قصد المساس بالحقوق المالية المقررة للغير ، وإنما تشمل كذلك قصد الإضرار بشرف هذا الغير واعتباره . ويستوى أن تكون المصلحة التي قصد الإضرار بها مصلحة خاصة أو عامة .

وأخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي في بعض أحكامه ، كما أخذ به القضاء المصري فترة من الزمن (٢) . غير أنه أصبح اليوم رأياً مهجوراً لا نكاد نسع له صدى في الفقه ولا في أحكام القضاء . وقد انتقد جبارو

Ghaudeau et Hélie, II, p. 350 — 353, n. 600—662; Blanche, III, (١) n. 147 : Donnedieu De Vabres, Essai sur la notion du préjudice dans la théorie générale de faux, 1943, p. 213,

(٢) ١٩١٣/٢/١٥ المجموعة الرسمية من ١٤ رقم ٥٧ ، استئناف مصر ١٩٠٠/٤/١٨ .
المجموعة الرسمية من ٧ رقم ٤١ ، أسبوت الابتدائية ١٩٢٥/١١/٢٤ ، الحمام من ٦ . ص ١٥٨
رقم ١١١ ، مصر الابتدائية ١٩٢٧/٢/٢٤ ، الحمام من ٧ ص ٥٩٣ رقم ٣٩٥ .

فوصفه بأنه غير دقيق لأنه يضيف إلى القانون ما ليس منه . فالقانون لا يشترط سوى «نية الغش» ، ولا يذهب إلى أبعد من ذلك مدى . والواقع أن الشخص إذا ارتكب تزويراً فإنه لا يضع نفسه موضع من قد يناله الضرر ، وإنما هو ينظر إلى الأمر من وجهة نظره الشخصية ، بل إنه قد يقدم على التزوير أحياناً وليس لديه قصد المساس بأحد على الإطلاق وإنما ينحصر كل همه في تحقيق منفعة غير مشروعة لنفسه أو لغيره . ومثال ذلك من يغير الحقيقة ليقلل من الخدمة العسكرية ، فهو لا يبغي الإضرار بأحد بل التخلص من واجب الخدمة ذاته ، كذلك من يزور للتخلص من مراقبة البوليس أو الحصول على وظيفة ، فإنه لا يريد سوى تحقيق وضع أفضل لنفسه ، ولا يهدف إلى الإضرار بأحد (١) .

وهذا النقد في تقديرنا ليس جاسماً ، ومن الممكن المجادلة فيه .

وكان الرأي خليقاً بأن يكون أقل استهدافاً للنقد لو أن شوفو وهيل وبلائش لم يجعلوا وقوع الضرر أو احتمال وقوعه ركناً أو عنصراً في الركن المادى في جريمة التزوير (٢) . ولكنهم سلموا بذلك وما كان لهم بعد هذا أن يعمدوا إلى نية الإضرار فيدخلوها قصداً خاصاً . إن اعتبار الضرر من عناصر التزوير يودى حتماً ، وبحكم القواعد العامة إلى انسحاب القصد العام عليه ، فما جدوى اشتراط نية الإضرار بعد ذلك واعتبارها قصداً خاصاً ؟ .

قد يرد على ذلك بأن القصد العام يتوافر ولو كان المزور غير متيقن من حصول الضرر ما دام قد توقع حصوله ، أما القصد الخاص فلا يتحقق إلا إذا اتجهت إرادة المزور إلى الضرر مباشرة ، أى إلا إذا كان هذا الضرر هو الغرض المباشر من التزوير . وبذلك تبدو قيمة الرأي في تقدير أصحابه .

(١) راجع Garraud, III, p. 574, 575, n. 1047 ؛ نقض بصرى ١٨/١/١٩٣١

مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ١٩٢ قاعدة ١٥٢ .

(٢) راجع Chauveau et Hélie, II, n. 641 ; Blanchet III, n. 123

وذلك بالضبط هو ما نسعى إلى الوصول إليه ، وهو في الوقت عينه نقطة الضعف في الرأي : فبهذه الإجابة تهلّم النظرية نفسها من حيث لا تدرى : إن أبرز جوانب الضعف فيها أنها تسلم باعتبار الضرر عملاً للقصد العام في جريمة التزوير ، ثم تجعله في الوقت نفسه قصداً خاصاً فيها ، وهي بذلك تعتقد أنها اهتدت إلى قصد خاص حقيقي في حين أن كل ما صنعته أنها دارت في مكانها حول نفسها ثم عادت تقول لنا في صيغة أخرى إن القصد الجنائي في التزوير قصد عام ، ولكنه قصد مباشر ، ومن الدرجة الأولى . تلك هي الحقيقة وإن كسّنا النظرية ثوباً جديداً ، لأنه لا يكفي — في منطقها — أن يكون من غير الحقيقة قد توقع احتمال حدوث الضرر ، بل يجب أن يكون تحقيق هذا الضرر هو هدفه المباشر من تغير الحقيقة .

وعلى ضوء هذه الملاحظة تتجدد قيمة النظرية ، فهي لم تقدم لنا قصداً خاصاً ، ولكنها شوهت فكرة القصد الخاص والعام معاً . فالقصد الخاص — كما يرى جمهور الفقه — يتألف من عناصر القصد العام جميعاً ، ويزيد عليها عنصراً جديداً هو مناهات الخصوصية فيه . ففي القصد الخاص تتعلق الإرادة بواقعة ليست من أركان الجريمة ، أي أن الجاني يقدم على ارتكاب الفعل لكي يحقق غاية معينة لا يتوقف وجود الجريمة على تحققها فعلاً ، لأنها تقع خارج حدود العناصر المادية المكونة لها (١) . ولكن النظرية المتقدمة تجعل الإضرار بالغير غاية في التزوير ، وفاتها أن الضرر من عناصره وأن القصد العام يشمله ، فهو لا يصلح أن يكون غاية يقوم عليها القصد الخاص .

(١) راجع Antolisei, parte generale, p. 253, Ranieri, Manuale di diritto penale, 1956, p. 277, ص ٧٥٦، نجيب حسي — شرح قانون العقوبات — القسم العام ص ٧٥٤ و ٧٥٦ وقالضايط الميز للقصد الخاص هو امتداده إلى أي شيء ماديات الجريمة. ونعتقد تطبيقاً لذلك أن جريمة القتل الفمدا لا تتطلب قصداً خاصاً . ذلك أن نية ازهاق الروح ليست غير الإرادة المنجبة إلى إحداث الوفاة ، والوفاة هي النتيجة الإجرامية في القتل ، أي أنها جزء من ماديات هذه الجريمة ، فإن انجذبت الإرادة إليها فهي إرادة متجهة إلى أحد عناصر الجريمة ، ومن ثم لا يقوم بها سوى القصد العام .

وأما أنها شوهدت فكرة القصد العام فلأنها حدثت من نطاقه ، وسلبت قدرأ من سلطانه ، وأنكرت قيامه في بعض حالاته ، وإن لم تسم الأشياء بأسمائها . وإلا فيم تفسر نفيها للركن المعنوي، حين يثبت أن من غير الحقيقة قد توقع حصول الضرر من فعله ، ومع ذلك لم يحجم عن الإقدام عليه ؟ أليس معنى ذلك أن توقع النتيجة لا يكفي لقيام القصد ، وأن هذا القصد لا يقوم إلا إذا اتجهت الإرادة مباشرة إلى إحداث الضرر وباعتباره هدفها الأصيل ؟ وهنا يتجلى خطأ « نية الإضرار » ، لأنه في فقه نظرية القصد لا فرق بين قصد مباشر وآخر غير مباشر (١) .

ولهذا السبب تبدو نظرية «دوفابر» أكثر تماسكاً ، لأنها تتلافى ما وجهناه من نقد إلى شوفو وهيلي وبلانش . فعلى الرغم من أن دوفابر يتفق معهم في أن القصد الخاص في التزوير هو نية الإضرار بالغير ، إلا أنه كان أكثر حذراً ، إذ مهد لنظريته الطريق بإزالة الضرر من بين العناصر المادية للجريمة ، واستبقاه قصداً خاصاً فيها (٢) . وهذا التصوير من حيث الصياغة الفنية سليم . وإذا كان هناك نقد يمكن توجيهه إلى دوفابر ، فهذا النقد لا ينصب أساساً على نظريته في القصد الخاص ، وإنما ينصب على نظريته في الضرر . فالضرر - كما رأينا - عنصر أصيل في جريمة التزوير يشغل مكانه بين العناصر المادية للجريمة ، فلا يقع التزوير إلا إذا ترتب عليه وقوع ضرر بالغير أو كان وقوع هذا الضرر محتملاً . ولا يمكن أن يكون الضرر مجرد قصد خاص في التزوير ، وإلا شمل العقاب أفعالا لا يصح العقاب عليها . ولهذا يجمع الفقه والقضاء على أن تغيير الحقيقة الذي ليس من شأنه الإضرار بأحد لا يعد تزويراً مهما سادت نية المزور أو انصرف قصدُه إلى الإضرار بالغير (٣) .

(١) نجيب حسن - القصد الجنائي (القسم الثاني) ص ١٥١ و ١٩٦ ، عبد المهيمن بكر - القصد الجنائي ص ١٥٧ ، رمسيس بنجام - النظرية العامة ص ٧٤٤ وما بعدها - وانظر نقض ١٩٣٠/١٢/٢٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ١٦٨ قاعدة ١٣٥ .

(٢) راجع De Vabres, Essai, cit., p. 231 .

(٣) Carrara, n. 3667, Garçon, n. 92 .

٢٧ - (ثانياً) نية الاحتجاج بالحرر المزور كدليل مخالف للقانون :

أقام جارو هذه النظرية بعد أن أسهم في إثبات فساد «نية الإضرار» كقصد خاص في جريمة التزوير . ومناط القصد الخاص عنده هو نية الاحتجاج بالحرر المزور كدليل مخالف للقانون
La volonté de faire valoir comme preuve contre le droit un document que l'on sait mensonger

ويوضح جارو هذا الرأي : (١) بأنه يشترط لقيام النية الخاصة أن يكون المزور قد غير الحقيقة كي يحقق من وراء تغييرها منفعة غير مشروعة، سواء كانت هذه المنفعة ذات طبيعة مالية أو أدبية ، (٢) وأنه لا يلزم أن تكون نية الجاني قد اتجهت إلى تحقيق هذه المنفعة لنفسه ، بل يصح أن يكون متتوياً لتحقيقها لمصلحة غيره ، سواء كان هذا الغير فرداً أو جماعة أو المجتمع كله ، ولو كان المزور غير مبتغ لنفسه مصلحة شخصية ، لأن الغاية لا تبرر الوسيلة ، (٣) وأنه لا عبرة بتحقيق الغاية التي سعى إليها المزور أو بتخالفها ، وإنما العبرة بقيام هذه النية لديه وقت تغيير الحقيقة (١)

وهذا الرأي يتماشى مع نظرية جارو في الحرر ، فهو يشترط فيه أن يكون صالحاً لأن يتخذ دليلاً . وقد أخذ القضاء المصري بهذا الرأي في بعض أحكامه (٢) .

وينتقد الفقه رأى جارو بأنه يقرن القصد الخاص بفكرة الإثبات ، وهو أمر غير مسلم به من جمهور الفقهاء (٣) . ولذلك فإن هذا القصد لا يمكن قبوله منفصلاً عن رأى صاحبه في موضوع الحرر .

ويمكننا أن نضيف إلى ما تقدم أن تفسير قصد الغش بأنه نية الاحتجاج بالحرر المزور كدليل لتحقيق منفعة غير مشروعة للجاني نفسه أو لغيره ،

(١) Garraud, cit., n. 1048

(٢) نقض ١٩٣١/١/١٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ١٩٢ رقم ١٥٢ .

(٣) راجع السيد مصطفى ص ١٥٧ و ١٥٨ .

ليس إلا اجتهداً في التأويل . فقصده التزوير أو قصد الغش إن كان يتسع لهذا التفسير فإنه يتسع كذلك لغيره . ولئن كان الغالب في المزور أنه يضع هذه المنفعة نصب عينيه ولا يعنيه سواها ، فإن من تجاهل الواقع لإطلاق حكم في هذا الشأن ينفي ما عدا هذه المنفعة من غايات . فالشخص قد يقدم على التزوير غير طامع في كسب ولا ناظر إلى نفع ولكن مدفوعاً بالرغبة المجردة في إلحاق الأذى بالغير .

٢٨ - (ثالثاً) نية الخداع :

ويقصد بها نية لإسحاق الغير بصحة المحرر المزور . ويقرر جودني أن هذا هو مذهب القانون الإنجليزي (١) . ويضرب لذلك أمثلة منها اعتبار الشخص مزروراً إذا أرسل برقية لآخر ووقع عليها بإمضاء مزور بحيث يظن من يطلع عليها أنها مرسله من شخص غير مرسلها الحقيقي ، ولو كان المزور لم يقصد بذلك غير الاستمتاع بخداعه من أرسل البرقية إليه (٢) ويبدو أن جودني يرى الأخذ بهذا الرأي في التشريع المصري ، فهو يرى أن قصد الغش منصوص عليه صراحة في المادة ١٨١ من قانون العقوبات (وهي المادة ٢١٣ حالياً) وأن هذا القصد مفهوم ضمناً من لفظ «زور» المنصوص عليه في المادتين ١٧٩ (٢١١) و ١٨٣ (٢١٥) . وينتقد جودني مسائل القضاء المصري في بعض أحكامه التي قضى فيها بالبراءة من التزوير لتخلف القصد الجنائي ، ويظهر من طريقته في هذا النقد أن قصد الخداع كان كافياً في اعتقاده لحمل قضاء الإدانة . فهو ينتقد حكم النقض الذي قضى بالأعقاب على من يرتكب تزويراً في قسيمة توريد صادرة من محكمة بتغيير قيمة النقود واسم الدافع بقصد لإصلاح ذات البين بين والده وصهره

(١) Goadby, cit., 577. "The English Common law requires that to constitute forgery, the accused must have an intention to defraud, i.e. to prejudice someone by inducing him to alter (or to abstain from altering) his rights, though not necessarily to his pecuniary loss . But mere intention to deceive, i.e. to pass the document off as genuine, is made sufficient in many cases of statutory forgeries.

Goadby cit., 547.

(٢)

بدون وجود سوء قصد ولا نية إلحاق ضرر (١) ، ويرى أن هذا الحكم أغفل ما توافر لدى المتهم من نية إظهار المحرر المزور في مظهر المحرر الصحيح ، وأغفل كذلك الضرر المحتمل من هذا التزوير ، على الأقل بالنسبة للموظف الذي صدر المحرر عنه (٢)

ولسنا ننزع في أن قصد الغش يتسع لقصد الخداع ، فالغش والخداع في اللغة مترادفان ، وهما في الواقع وجهان لحقيقة واحدة . ولكن تحديد القصد الخاص في التزوير بأنه قصد الخداع يجرد هذا القصد من كل قيمة ويجعله مجرد شكل لا مضمون له . فالخداع من طبيعة التزوير ، لأن التزوير كما عرفناه في البداية هو تحسين الكذب ، وذلك هو الخداع . ولم يخطئ جودي حين أكد أن معنى الخداع كامن في لفظ التزوير ذاته ، سواء نص القانون على ذلك صراحة كما فعل في المادة ٢١٣ (الأصل الفرنسي لها) أو أغفل النص عليه كما سلك في سائر المواد . ولهذا العلة قررنا أن التزوير المفضوح لا عقاب عليه ، لأنه لا نخدع أحداً . وفي إيطاليا يشترط بعض الشراح في جريمة التزوير نية الخداع . *intento decipiendi* . ولا يرون في ذلك تعارضاً مع قولهم بأن التزوير جريمة ذات قصد عام لا حاجة فيها إلى القصد الخاص (٣) .

٢٩ - (وابعاً) نية استعمال المحرر المزور فيما زود من أجله : يجمع الفقه المصري في الوقت الحاضر ، وتجزئ أحكام القضاء باطراد على أن النية الخاصة في التزوير هي نية استعمال المحرر المزور فيما زود من أجله (٤) . وتتلل هذه النية بأن التزوير في ذاته ليس إلا عملاً تحضيرياً لجريمة الاستعمال

(١) نفس ١٩١٣/٢/١٥ وتقدمت الإشارة إليه .

(٢) Goadby, p. 577

(٣) Manzini, VI, n. 2268; Mirto, p. 491-498

(٤) أحد أمين من ٢٥٨ ، السيد مصطفى من ١٥٨ ، محمود إبراهيم إسماعيل من ٢٨٦ ، محمود مصطفى من ١٥١ ، رئيس جنم من ١١١ ، رؤوف عبيد من ١٠٢ ، عبد المهيمن بكر ٢٢٢ ، فتى سرور من ٣٨٤ .

التي هي مقصودة أصلاً من جانب المزور . ولكن الشارع لم يعلق العقاب في التزوير على فعل الاستعمال ، بل جعله جريمة مستقلة . غير أنه لم يجعله جريمة قائمة بذاتها إلا إذا ثبت أن الجاني فعل ما فعل بنية الوصول إلى الغرض الأصلي وهو استعمال الأشياء المزورة . وإلا فالتزوير في ذاته لا خطر فيه لو أنه مجرد من هذه النية . فالشارع وإن كان قد فصل التزوير عن الاستعمال إلا أنه فيما يتعلق بالركن الأدبي راعى الارتباط القائم بينهما في ذهن الجاني ، وهو لذلك يتطلب أن يكون قصد الفاعل غير مقصور على نية التزوير ، وإنما تمتد إلى ما هو أبعد من ذلك ، وهو الاستعمال الذي هو الغرض الأصلي (١) .

ويفرق هذا الرأي بين نية الاحتجاج ونية الاستعمال . فالاحتجاج فيه معنى التدليل وعنصر الإثبات ، أما نية الاستعمال فتشمل كل الفروض التي تتردد في ذهن الجاني ، سواء أكان غرضه من التزوير استخدام المحرر كدليل يستند إليه في محاولة الحصول على ميزة أو حق يأبى القانون أن يمنحه إياه أو يعترف له به ، أم كان غرضه استعمال المحرر فيما زور من أجله لأغراض أخرى ، ك مجرد الإساءة إلى سمعة إنسان ، أو النيل من اعتباره ، أو التأثير في مركزه الاجتماعي أو الاقتصادي ، بغير أن يهدف المزور من وراء ذلك إلى إثبات حق له (٢) .

وصاحب هذا الرأي هو جارسون . وقد حدد النية الخاصة في التزوير بأنها علم الجاني أو قدرته على العلم بإمكان استخدام المحرر المزور فيما زور من أجله . أما إذا كانت الظروف المحيطة به وقت تغير الحقيقة قد حملته على الاعتقاد بأن المحرر المزور سيظل سراً خفياً ومجهولاً ، وأنه لن يستعمل على الإطلاق ، ولن يترتب عليه ضرر بأحد ، فإنه لا يكون قاصداً ارتكاب التزوير بشروطه التي نص عليها القانون ، ولهذا يتخلف القصد الجنائي في جانبه (٣) . ويضرب جارسون — توضيحاً لرأيه — هذا المثال :

(١) السيد مصطفى ص ١٥٨ و ١٥٩ .

(٢) محمود إبراهيم اسماعيل ص ٢٨٦ و ٢٨٧ .

(٣) Garçon, n.398.

لو أن أستاذاً أراد أن يوضح لتلاميذه ما يجب أن تشتمل عليه بعض الأوراق من بيانات ، فاصطنع لإقراراً بدين ، أو وصية ، أو سنداً تحت الإذن ، ووقع في ذيله باسم شخص معروف ، ثم وقع هذا المحرر قبل أن يمزقه الأستاذ بين يدي شخص فاستعمله ، فإن الأستاذ لا يعد مرتكباً جريمة تزوير ، لأنه لم يرد على خاطره أبداً أن المحرر المزور سيستخدم في غرض إجرائي ، وهو لم يحمره بقصد هذا الاستعمال الذي لم يتوقعه (١) .

وقيمة هذا الرأي عندنا أنه صادر عن جارسون . ولكننا مع ذلك نراه رأياً غير صحيح وإن كثّر أنصاره وأصبح اليوم من المسلمات في القضاء .

وأول ما نأخذ عليه أنه يصور القصد الخاص تصويراً يتجافى مع طبيعته . فالقصد الخاص يطوى القصد العام في ثناياه ، ثم هو يربو عليه . ومناطق الخصوصية فيه هو النية الخاصة . وهذه النية غاية يتمثلها الشخص في ذهنه ثم يتعلق بها هواه ، فتكون باعثاً يدفعه ويحرك إرادته إلى ارتكاب الفعل (٢) . فهي عند تحليلها تسفر عن علم وإرادة (٣) .

فأما عن العلم فيها فإنه علم حقيقي . ذلك أمر لازم في القصد الخاص لزومه في القصد العام . فإمكان العلم لا يصلح أساساً للقصد — أي ما كان نوعه — لأنه ليس علماً ، وإنما هو حكم تقديري غير مستمد من نفس من أسند العلم إليه ، ولكنه قائم على أسس موضوعية مبناهما التحكم . ولا يمكن بأية حال أن يعد عالماً من كان بوسعه أن يعلم ثم لم تتم له فرصة العلم فعلاً . ولسنا نتصور المحظرة كيف تتعقد نية امرئ على أمر مجهله . ولكن جارسون يسلم بتوافر نية الاستعمال لدى من كان باستطاعته العلم بأن المحرر المزور قد يستعمل فيما زور من أجله ، سواء أحاط بذلك علماً أو لم يحيط (٤) .

(١) Garçon, n. 404

(٢) رسيس هينام : فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية ، ص ٥٢ و ٧٢ والنظرية العامة للقانون الجنائي ص ٧٥٥ و ٧٥٦ ، عبد المهيمن بكر — القصد الجنائي ص ٣٠٢ .

(٣) نجيب حسي — شرح قانون العقوبات — القسم العام ص ٧٥٥ .

(٤) يرى جارسون أنه إذا اصطنع شخص وصية حل سبيل المداعبة ، ثم أهمل في اتخاذ الاحتياطات التي تحول دون وقوعها في يد شخص له مصلحة في استعمالها ، وكان في وسعه أن يتوقع ذلك ، فإن النية الخاصة تكون متوفرة لديه . فقرة ٤٠٣ .

أما عن الإرادة فلها في القصد الخاص طابع مميز . ومن الفقهاء من يرى أن القصد الخاص لا يختلف في طبيعته عن القصد العام ، فكلاهما علم وإرادة ، ولكنهما مختلفان في الموضوع الذي يتعلق به العلم والإرادة ، فهو في القصد الخاص أوسع نطاقاً منه في القصد العام (١) . وهذا الرأي صحيح في أساسه بالنسبة للقصد الخاص ، ولكنه مع ذلك في حاجة إلى مزيد من التحديد . فأنصار نظرية الإرادة يكفيم - لقيام القصد العام - أن تتعلق الإرادة بالنتيجة على أى وجه . سواء تم ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر . وهذا التعميم لا يصدق بالنسبة للقصد الخاص ، إذ تملئ طبيعته أن يكون تعلق الإرادة بالنتيجة البعيدة تعلقاً مباشراً ، فالغاية لا تنتقل من دائرة التخيل إلى دائرة النية إلا إذا كان تحقيقها هو محرك القرار الإرادى الذى أقدم الشخص على اتخاذه . وإذا جاز أن يكون للقصد غير المباشر دور في نظرية القصد الجنائى فجباله القصد العام لا النية الخاصة . فالقصد العام وحده هو الذى يصح أن يكون احتمالياً ، أما النية الخاصة فلا يصح ذلك فيها ، لأنه ضد المنطق وما تقضى به البداهة ، إذ لا يمكن أن يتوقع الشخص نتيجة معينة يتمخض عنها فعله ، ثم يرتكب الفعل مستوياً لديه حصولها أو تخلفها ، ومع ذلك توصف هذه النتيجة بأنها كانت غايته التى حفزته على إثبات هذا الفعل . ولكن جارسون يكتفى في نية الاستعمال بالعلم وحده ، سواء أثبتت الإرادة هذه النية أو تخالت عنها ، مع أن العلم لا يتضمن حتماً أن تكون النتيجة المعلومة باعثاً للجائى ، فمن النتائج ما يعلم الشخص بها ولا تكون باعثاً له أو غاية (٢)

كذلك فإن رأى جارسون بالنسبة لهذا القصد غير مانع . فصبغته فضفاضة تجرده عند التطبيق من كل قيمة . وقد حرص جارسون على أن يجنب رأيه ما تعرضت له الآراء السابقة عليه من نقد ، فاكفى بنية الاستعمال كغاية أساسية ، ولم يشأ أن يتجاوزها إلى الغايات الأخرى التى يعقدها

(١) نجيب حسن - المراجع والموضع السابقان .

(٢) عبد المهيمن بكر - القصد الجنائى ص ٣٠٢ .

المزور على هذا الاستعمال ، سواء كانت إنزال ضرر أو تحقيق نفع . ولكن هذه الصيغة الجديدة تحمل في طياتها من المثالب أكثر مما كانت تحملها الآراء السابقة . فالأصل أن من يزور محرراً يبغى استعماله ، ما لم يكن يلهو فيما بينه وبين نفسه . وفيما عدا هذه الصورة النادرة يتحقق القصد الخاص — بمنطق جارسون نفسه — في كل حالات التزوير ، حتى في الأمثلة التي ضربها للتدليل على تخلف هذا القصد . ولتأخذ مثال الأستاذ الذى اصطنع المحرر ثم وقعه باسم شخص معروف لديه ليشرح لتلاميذه طريقة تحريره ، أليس الأستاذ قد اصطنع المحرر «ليستعمله» في الغرض الذى زوره من أجله ، وهو التعليم ؟ وفي حالة من يصطنع وصية على سبيل المفاكهة أو التباهى بالثراء المنتظر ، ألم يهدف إلى «استعمال» الوصية المزورة في الغرض الذى من أجله زورها ؟ ومن يزور محرراً لكي يثبت للغير براءته في تقليد الخطوط ، ألم يقصد استعمال المحرر المزور في الغرض الذى من أجله عمد إلى التزوير ، وهو تأكيد قدرته على التقليد والمحاكاة ؟ إن قول إن أحداً من هؤلاء لم يقصد الإضرار بغيره فقد تجاوزنا نية الاستعمال إلى الغاية منه ، فأصبحت هذه الغاية الأخيرة ، وليست نية الاستعمال ، هى النية الخاصة ، وعدنا بذلك إلى رأى الأول . وإن قيل إنه لم يبع الحصول من التزوير على منفعة غير مشروعة ، فقلد وقعت النظرية في الخطأ نفسه وعادت إلى رأى الثانى . وإذا اكتفينا بنية الاستعمال المحردة ، فبأي منطق نفى القصد الخاص ما دامت نية الاستعمال قائمة ؟

وإذا أغفلنا جدلاً أوجه النقد السابقة ، فإن النظرية بصيغتها القائمة تبدو لنا عديمة الجدوى . فما دمنا قد جعلنا وقوع الضرر أو احتمال وقوعه عنصراً في جريمة التزوير ، ودفعنا به تبعاً لذلك إلى مجال القصد الجنائى ، فلست نرى مبرراً بعد هذا لاشتراط نية الاستعمال . ويرى الدكتور القالى بحق «أنه من تحصيل الحاصل اشتراط قصد الاستعمال ، لأن الاستعمال مفروض بحكم لزوم الضرر ، إذ هو الوسيلة إليه . فالقول بكون المحرر يترتب عليه ضرر ، معناه كون المحرر يستعمل فيترتب عليه ضرر . وإرادة

الجاني للفعل مع علمه بالضرر تتضمن حتماً إرادة الاستعمال (١). والدليل القاطع على عدم جدوى هذه النظرية أن كل النتائج التي رتبها الفقه والقضاء عليها يسهل الوصول إليها دون حاجة إلى الاستعانة بها. فحيث تكتمل العناصر المادية للتزوير ثم تثبت لدى الزور نية الاستعمال، فإن العلم بوقوع الضرر أو باحتمال وقوعه بسبب هذا الاستعمال يكون متوفراً لديه بطبيعة الحال. وهذا العلم - مضافاً إليه العلم بعناصر الجريمة الأخرى - كفيل بترتيب مسئوليته الجنائية بغير حاجة إلى الاستعانة بنية الاستعمال. أما إذا استبعد الجاني من ذهنه تماماً عند التزوير نية الاستعمال، فإن العلم بالضرر لا يتوفر لديه بداهة، لأنه حيث لا يقصد الاستعمال لا يتوقع الضرر. وهنا تسقط عنه المسئولية الجنائية لتخلف القصد العام لا لتخلف القصد الخاص. وبما يؤكد عدم جدوى هذه النظرية أنها تجعل النية الخاصة تدور مع القصد العام وجوداً وعدماً، فهي تثبت إن ثبتت وتختلف حين يتخلف، وليس هذا عهدنا بالقصد الخاص.

٣٠ - هل القصد الخاص من طبيعة التزوير؟ القصد الخاص إما أن يكشف النص عنه صراحة أو ضمناً، وإما أن تكشف عنه طبيعة الجريمة ذاتها. وإذا عدلنا مؤقتاً عن التماس القصد الخاص في التزوير بين نصوص القانون، فهل يسعنا أن نلتزم هذا القصد في طبيعة الجريمة ذاتها؟

هذا ما يؤكد بعض الفقهاء، بدعوى أن التزوير ليس غاية في ذاته، إذ لا ينبعث منه الضرر مباشرة، وإنما ينشأ الضرر عن استعمال المحرر المزور. فالتزوير في حقيقته ليس إلا عملاً تحضيرياً لجريمة الاستعمال. وإذا كان الشارع قد فصل بين الفعلين وعاقب على كل منهما استقلالاً، فقد كان من الضروري أن يظل التزوير محتفظاً بما يميزه عن تبعيته الأولى لفعل الاستعمال. ولا سبيل إلى التعبير عن ذلك إلا عن طريق القصد الخاص.

(١) التالي - المرجع السابق ص ١٥٦.

وهذا المنطق مرجوح من أساسه . فالقانون يعاقب على حل السلاح وعلى صناعة المفرقات وعلى حيازة المخدرات وإحرازها ، وهي أفعال لا يترتب عليها الضرر في ذاتها ، وإنما ينشأ عن استعمالها . ومع ذلك لم يقل أحد بأن طبيعتها تحتم أن تكون جرائم ذات قصد خاص ، بل المسلم به أن البواعث التي تدعو إليها تقع خارج منطقة القصد ، ولا يعدو أثرها توجيه القاضي عند تحديد مقدار العقاب . فلم تشكل جريمة التزوير عن غيرها من الجرائم التي تتفق معها في طبيعتها ، ولم تنفرد دونها بقصد خاص تنعكس الجريمة الأصلية على صفحته ؟

ولو صح أن القصد الخاص من طبيعة التزوير لما وجدنا أصحابه منشقين على أنفسهم على نحو ما مر بنا ، ولوجب أن تتفق كلمتهم على قصد محدد ، كما هو الحال في جريمة السرقة . ولكن اختلاف الفقهاء فيه دليل على أنه ليس أمراً تقضي به البداهة أو طبائع الأشياء ، بل هو أمر تلعب الصنعة فيه دورها الكبير . وإن شئنا دليلاً على صحة هذا الاستنتاج فحسبنا استعراض بعض التشريعات الأجنبية للتعرف على موقفها من القصد الجنائي في التزوير :

فالقانون الإيطالي يكتفي بالقصد العام في تزوير المحررات الرسمية ، سواء كان الجنائي موظفاً عاماً أو فرداً عادياً (م ٤٧٦ - ٤٨٤) . أما بالنسبة للمحررات العرفية فإنه يشترط أن يقع التزوير بقصد تحقيق منفعة المزور أو لغيره ، أو بقصد إلحاق الضرر بالغير (م ٤٨٥) .

Al fine di procurare a se o ad altri un vantaggio a di recare ad altri un danno.

والتانون الألماني يكتفي بالقصد العام في تزوير المحررات الرسمية ، سواء كان المزور موظفاً عاماً مختصاً أو شخصاً عادياً (م ٣٤٨ و ٢٧١) ، ويشدد العقوبة إذا وقع التزوير بقصد تحقيق منفعة مالية للجنائي أو لغيره أو بقصد الإضرار بالغير (م ٢٧٢)

en vue de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage pécuniaire ou de préjudicier autrui.

أما في المحررات العرفية فيشترط أن يقع التزوير بقصد التلبس
في الروابط القانونية

dans le but d'introduire le dol dans les rapports juridiques.

والتانون السوفييتي يشترط في تزوير المحررات الرسمية الذي يقع من
موظف عام أن يكون يقصد الكسب المادي أو لبواث شخصية (م ١٥٧) .
dans un but vénal ou pour des mobiles personnels.

ويشترط التانون الفنلندي في تزوير المحررات الرسمية أن يكون الفعل
قد ارتكب بقصد تحقيق كسب مادي للجاني أو لغيره أو بقصد الإضرار بالغير
(م ٣ الباب السادس والثلاثين الخاص بالنصب والتزوير)
dans l'intention de se procurer o de procurer à un tiers un profit matériel
quelconque, ou dans l'intention de nuire à autrui.

ويشترط هذه النية أو تلك أيضاً في تزوير المحررات العرفية فضلاً
عن واقعة الاستعمال (م ٥) .

أما القانون اليوناني فإنه يكفي بالقصد العام في تزوير المحررات
الرسمية إذا وقع من موظف مختص بتحريرها أو أمين عليها أو حائز لها
بحكم وظيفته على أي وجه (م ٢٤٢/١ و ٢) . وتشدد العقوبة إذا ارتكب
الفعل لتحقيق منفعة غير مشروعة للجاني نفسه أو لغيره ، أو بقصد الإضرار
بالغير بلون وجه حق (م ٢٤٢/٣) .

dans le but de se procurer à lui même ou de procurer à autrui un
profit illicite ou de nuire illégalement à un tiers

أما بالنسبة للمحررات العرفية فإنه يشترط للعقاب على التزوير فيها
أن تكون نية المزور قد انصرفت إلى استعمال المحرر المزور لغش الغير
في أمر من شأنه أن يرتب آثاراً قانونية (م ٢١٦/١) .

dans le but d'utiliser pour tromper quelqu'un sur un fait pouvant
entraîner des conséquences juridiques

ويشدد العقوبة إذا ارتكب التزوير لتحقيق منفعة مالية للجاني أو لغيره

وكان يترتب عليها ضرر بالآخرين ، أو إذا ارتكب بقصد الإضرار بالغير ؛
(م ٢١٦/٣) .

dans l'intention de se procurer ou de procurer à autrui un avantage pécuniaire causant un préjudice à un tiers ou dans l'intention de lui causer un préjudice.

أما القانون الأسباني فإنه يكتفى بالقصد العام في تزوير المحررات الرسمية (م ٣٠٢ و ٣٠٣) ، أما في المحررات العرفية فإنه يشترط أن يكون التزوير قد ارتكب إضراراً بالغير أو بقصد إلحاق الأذى به (م ٣٠٦)

au préjudice d'un tiers ou dans le but de lui causer un dommage.

فالتشريعات الأجنبية لا تقف من القصد في التزوير موقفاً واحداً ، وإنما يفرق معظمها بين تزوير المحررات الرسمية وتزوير المحررات العرفية ، فيكتفى بالقصد العام في الأول ويشترط قصداً خاصاً في الثاني ، وقد يضيف بعضها نية خاصة لتشديد العقوبة في تزوير المحررات الرسمية . وحيث تستلزم التشريعات الأجنبية لوقوع التزوير قصداً خاصاً نرى هذا القصد ينقسم إلى حد كبير : فمنها ما يشترط قصد الإضرار ، ومنها ما يشترط قصد الكسب ، وهذا الكسب في بعض التشريعات يكون مادياً وفي البعض الآخر يكون مادياً أو أدبياً على السواء ، ومنها ما يشترط قصد الإضرار أو قصد الكسب ، ومنها ما يشترط قصد الكسب إذا كان يترتب على هذا الكسب إضرار بالغير ، ومنها ما ينص على البواعت الشخصية ، ومنها ما يكتفى بنية الغش في الروابط القانونية ، وبعضها يشترط نية استعمال المحرر المزور لغش الغير في أمر من شأنه أن يترتب آثاراً قانونية . فهل يصح بعد هذا أن يقال إن القصد الخاص في التزوير يستمد وجوده من طبيعة الجريمة ذاتها ؟

٣١ - ليس للقصد الخاص في جريمة التزوير سند قانوني في التشريع المصري

إذا كانت طبيعة التزوير لا تشف بذاتها عن قصد خاص فلا سبيل إلى تقريره إلا استناداً إلى نص في القانون ، صريح أو ضمني . ويرى

جمهور الفقهاء في مصر أن لهذا القصد أصلاً تشريعياً ، وهو عبارة « بقصد التزوير » التي وردت في المادة ٢١٣ كما قدمنا . فهل تصلح هذه العبارة سنداً يعزز اشتراط هذا القصد في التشريع المصري ؟

لندع الرعيل الأول من فقهاءنا يصفون بأنفسهم هذه العبارة : أما فتحي زغلول فيقول في رسالة التزوير : «والذي يفهم من الطبعة الفرنسية هو أن قول المادة «بقصد التزوير» الواقع بعد لفظة «غير» مبهم ، لأن التزوير هو الذي عقد لأجله هذا الباب ، والقانون لم يأت له بتعريف يوضحه . ومراده أن يدل بنوع خاص على نية سوء لا التزوير (١) . وأما أحمد أمين فيقول : «واشترط نية التزوير في القانون المصري ظاهر من نص المادة ١٨١ (٢١٣ من القانون الحالي) ، فلما تشترط أن يكون التغيير حاصلًا «بقصد التزوير» ، وهي عبارة قاصرة على أداء المعنى المقصود منها ، ولكن اللفظ المقابل لها في النص الفرنسي هو *frauduleusement* ، أي بقصد الغش » (٢) .

فالسند التشريعي للقصد الخاص في جريمة التزوير عندنا ينحصر في عبارة مبهم قاصرة عن أداء المعنى المقصود منها . هذه واحدة ، والثانية أن هذه العبارة بحسب ما استقر عليه الرأي تعني قصد الغش .

ثم يتساءل فقهاؤنا عن السبب الذي من أجله قصر القانون هذه العبارة على النص الخاص بالتزوير المعنوي دون سائر نصوص التزوير . ويجيبون على ذلك بقولهم : «وإذا كان لذكر قصد الغش في المادة ١٨١ (٢١٣) دون المادة ١٧٩ (٢١١) حكمة فهي كما يقول بعض الشراح أن تغيير الحقيقة بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة ١٧٩ (٢١١) يصحبه قصد الغش

(١) فتحي زغلول - المرجع السابق ص ٣١ .

(٢) أحمد أمين ص ٢٥٩ ، ويقول المستشار محمود إبراهيم اسماعيل « وقد عبر الشارع في المادة ٢١٣ بهذه العبارة ليبين أن القصد الجنائي في جريمة التزوير هو قصد خاص ، أو نية الغش كما جاء بالترجمة الفرنسية ، وهي عبارة لا تفصح بنفسها عن ماهية القصد الجنائي ، مما دعا إلى اجتهاد الشراح في تحديد معنى هذا القصد . ولذلك كانت هذه العبارة محل نقد شراح القانون المصري » ص ٢٨٩ و ٢٩٠ .

بغير حاجة إلى النص عليه خصيصاً : فنية الغش يفترض وجودها ابتداءً في كل تزوير مادی ، وليس على النيابة عبء إثبات وجود هذه النية الخاصة ، بل على المتهم إذا أراد تبرئة نفسه أن يثبت أن هذه النية لم تكن موجودة : وذلك على خلاف التزوير المعنوي ، فكثيراً ما يسطر المحرر وقائع مزورة على اعتبار أنها صحيحة وهو يجهل ما فيها من التزوير ، ولهذا يجب قبل الحكم بإدانته إثبات توفر القصد الجنائي عنده لإثباتاً خاصاً « (١) » ومعنى هذا أن عبارة « بقصد التزوير » تؤدي في نص المادة ٢١٣ وظيفة إجرائية خالصة ، وأن المقصود بها إلزام القاضي بإثبات نية الغش في التزوير المعنوي ، وهذه هي الثالثة :

ونناقش بعد ذلك هذه الحقائق الثلاث ، كلا على حدة ، لنذكر قيمة هذه العبارة :

فأما أنها عبارة مبهم وقاصرة عن أداء المراد منها ، فذلك مالا نغاري فيه : ولو خملت هذه العبارة على ظاهرها لكانت جوفاء فارغة من أى معنى ، فهي تحدد القصد في التزوير بقصد التزوير ، تماماً كما يعرف الماء بالماء : وقولك إن فلاناً زور بقصد التزوير كقولك إنه قتل بقصد القتل ، أو ضرب بقصد الضرب : وبذلك فهي لا تسمح باستخلاص قصد خاص (٢) ولكنها على أحسن الفروض تأكيد للقصد العام .

والدليل على أنها لا تنم عن قصد خاص هو ما لمسنه في الفقه والقضاء من خلاف واضطراب حول تحديد هذا القصد : وقد بدا للفقه حين رجع إلى النص الفرنسي للمادة أنه اهتدى إلى شعاع ينير له الطريق ، واعتلر عن غموض العبارة بأنه سوء توفيق لازم من تولى ترجمة لفظ *frauduleusement* فقد عبر عنه بقصد التزوير ، وكان حرياً به أن يترجمه بقصد الغش :

(١) أحد أمين ص ٢٦٠ ، قسني زغلول ص ٥٩ ، السعيد مصطفى ص ١٥٥ و ١٥٦ ، جيندي عبد الملك فقرة ٢٨١ ، وذلك أيضاً هو رأى جارو في فرنسا فقرة ١٠٤٩ .

(٢) القلبي ص ١٥٥ .

ومع ذلك فنحن لا نعتقد أن الأمر كان يختلف لو جرت الترجمة على هوى الفقه ، فقد خرج بهذا التأويل من مجهول ليقع في مجهول . فبعد أن كان يتساءل عن معنى «قصد التزوير» راح يتساءل عن معنى «قصد الغش» ، وأضفى على هذا القصد مفاهيم تختلف عن بعضها اختلافاً بيناً ، ويؤدى الأخذ بواحد منها إلى نتائج مغايرة لما يؤدى إليه الأخذ بسواه . ولئن كان الفقه يعيب على «قصد التزوير» أنه ينطوى على تعريف الشيء بنفسه ، فإننا نغيب على «قصد الغش» أنه تعريف للشيء بمرادفه . فالتزوير تحسين الكذب ، وهذا هو الغش والخداع ، ولهذا رأينا القضاء ينكر على التزوير المفصوح أن يكون تزويراً بالمفهوم الجنائي وهو لا يبنى ذلك على تخلف نية الغش باعتبارها قصداً خاصاً ، بل يبنيه على تخلف الركن المادى ، وهو السلوك الذى يشترط فيه أن يكون صالحاً لخداع بعض الناس ، أو لتخلف المحل المادى وهو المحرر الذى يشترط فيه أن يكون ذا مظهر خارجى يدعو إلى الثقة بصحة ما جاء فيه (١) . ولذلك فنحن نرى أن الفقه لم يتقدم في مجال القصد خطوة حين استبدل قصد الغش بقصد التزوير ، وإنما ظل في مكانه حيث كان .

بقيت بعد ذلك المسألة الأخيرة ، وهى القول بأن النص على القصد الخاص في التزوير المعنوى دون المادى لا يدل على لزوم هذا القصد في الأول وعدم لزومه في الثانى ، وإنما المراد به فحسب إلزام القاضى بإثبات هذا القصد في التزوير المعنوى وافترضه في التزوير المادى . وهذا القول يفضى إلى نتيجة منطقية ، وهى أنه لولا أن الشارع نص على هذا القصد في التزوير المعنوى لكان للقاضى أن يفترضه فيه كما يفترضه في التزوير المادى سواء بسواء . ومعنى ذلك أيضاً أن القصد الخاص في التزوير لا يستند في أساسه إلى نص القانون وإنما هو ينبع من طبيعة التزوير ذاته . وقد نفينا ذلك منذ قليل ودللتنا على عدم صحة هذه الدعوى .

(١) انظر نقض ١٣/١١/١٩٢٢ وسبقت الإشارة إليه .

وإذا استطرَدنا في التأمل بدا لنا هذا القول غريباً: كل الغرابة ، فهو يسلم بأنه حيث لا ينص القانون في التزوير على نية خاصة فإنه يجب علينا أن نفر بلزومها. وأن نفترض وجودها ، أما حيث ينص عليها فانه يتعين توافرها وإنما يلزم اثباتها . وهذا المنطق فيما نرى منطق معكوس في جانب كبير منه .

٣٢ - معنى عبارة « بقصد التزوير » : إذا كنا قد تشككنا في صحة ما قدمه الفقه لهذه العبارة من تفسير ، فقد ألزمتنا أنفسنا بتقديم تفسير لها بديل من التفسير الذى انتقدناه .

ولقد حاول الدكتور مصطفى القللى أن يجد لهذه العبارة تعليلاً فكتب يقول : « والتعليل الصحيح كما يبدو لى هو أن المشرع قد استعمل عبارة بقصد التزوير في المادة ٢١٣ ع . لأنه لم يستعمل كلمة « زوره » كما فعل في المواد الأخرى ، بل قال « غير بقصد التزوير *on aura frauduleusement dénaturé* أو ارتكب تزويراً » اللتين استعملهما في المواد الأخرى الوائزدة في باب التزوير . فكلمة « زوره » و « ارتكب تزويراً » و « غير بقصد التزوير » تؤدى كلها معنى واحداً ، ولا مبرر لأخذ عبارة « بقصد التزوير » على حدة وبناء كل هذه النتائج عليها (١) .

وهذه الملاحظة دقيقة وصحيحة بغير شك ، وهى لذلك جديرة بالتقدير ،

وإذا كان هذا التعليل اللغوى لا يبلغ لدى جمهور الفقهاء حد الإقناع فإننا نعتقد أن ثمة دليل آخر يؤكد أن هذه العبارة لا تحمل في طياتها القصد الخاص . فهى تستمد أصلها التاريخى من المادة ١٤٦ من قانون العقوبات الفرنسى . وقد تحدثت محكمة النقض المصرية في حكم قديم لها عن الظروف التى صاحبت وضع هذا النص في فرنسا ، فقالت : « حيث إن علماء القوانين قالوا عند شرح المادة ١٤٦ من القانون الفرنساوى المأخوذة منها المادة ١٩١ (٢١٣) من القانون الحالى من قانون العقوبات المصرى ، إن المادة

(١) القللى ص ١٥٥ و ١٥٦ .

المذكورة أضافت لفظة « قصد » على لفظة « التزوير » (مع أنه من المعلوم أن أهم الشروط الضرورية لمعاقبة مرتكب الجريمة وجود القصد من قبل العمل كما هو ثابت في القواعد الابتدائية المدونة في قانون العقوبات) لحكمة وهي أن الغلط يجوز احتماله في هذه الحالة أكثر من باقي أحوال التزوير ، فاحتاج الأمر للنص بالقصد . وقال من كان مكلفاً بعرض المادة المذكورة على مجلس شورى النواب بحكومة فرنسا لدى عرضها عليه إن سبب تحرير تلك المادة بهذه الصفة هو أنه يلزم الاحتراس جداً من اعتبار أمر بصفة جنائية يكون منشؤه سوء الفهم والغلط والجهل . فلأجل انفصال الجريمة وتجردها من غلط يسهل حصوله أو يكون حصوله عاماً ذكر القانون بصفة خصوصية أنه يلزم لوجود جنابة التزوير في هذه الحالة أن يقصد التزوير .

وقد فرعوا عن هذا الأمر أنه إذا كان الإخبار عن أمر أدنى يلزم لتمييزه ومعرفة حقيقته وجود علم الموظف ووجود معرفته بالقواعد العلمية التي يسهل الخطأ فيها بنية خالصة ، فإن ظهر أن هذا الإخبار غير موافق للحقيقة فلا يدخل تحت نص المادة ١٤٦ من القانون الفرنسي (وهنا تحت نص المادة ١٩١ من قانون العقوبات (٢١٣) إلا إذا ثبت القصد (١)

ومعنى هذا بوضوح أن عبارة « قصد التزوير » التي اشتمل عليها القانون الفرنسي ، ثم استمدتها منه القانون المصري ، لم يكن المراد بها تقرير قصد خاص في التزوير ، وإنما أريد بها تأكيد العلم بتغيير الحقيقة حتى تتجرد الجريمة « من غلط يسهل حصوله ، أو يكون حصوله عاماً » . وهذا يفسر لنا وجود هذه العبارة في النص الخاص بالتزوير المعنوي وحده دون النص الخاص بالتزوير المادى . فكثيراً ما يسطر المحررون وقائع مزورة — كما يقول أحمد أمين — على اعتبار أنها صحيحة ، وهو يجهل ما فيها من التزوير . فالفرق بين التزوير المادى والتزوير المعنوي لا يكن في وضوح القصد

(١) نقض ١٨٩٢/٦/١٥ الحقوق ٧ ص ١٩٨ . أشار إليه في قصي زغلول ص ٦٠

هائش (٢) .

الخاص في الأول وخفائه في الثاني كما يظن الشراح ، وإنما ينحصر هذا الفرق في مظنة الجهل بتغيير الحقيقة في الثاني بدرجة أكبر من مظنته في الأول .

وهذا الرأي تعززه الطريقة التي صيغت بها نصوص التزوير . فقد حرص القانون في مواد التزوير المعنوي جميعاً على الإشارة إلى وجوب علم الجاني بواقعة التزوير ، لأن احتمال تغيير الحقيقة بغير علم في هذا النوع من التزوير أكبر من مثيله في التزوير المادى ، فاستحسن الشارع النص على هذا العلم لكي يحث القاضى على الاهتمام به والجد في تحريه ، حتى لا ينسب التزوير إلى من غير الحقيقة عن غلط أو جهل ، وهو حرص محمود ، وإن كانت أصول الصياغة لا تقتضيه على أى حال .

ويبدو ذلك أولاً في المادة ٢١٣ نفسها ، إذ نصت على عقاب الموظف الذى يغير موضوع السندات أو أحوالها في حال تحريرها ، وذلك بجعله واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة مع علمه بتزويرها ، وكذلك المادة ٢١٦ التى تعاقب كل من تسمى في تذكرة سفر أو في تذكرة مرور باسم غير اسمه الحقيقى أو كفل أحداً في استحصاله على الورقة المشتملة على الاسم المذكور وهو يعلم ذلك ، والمادة ٢١٩ التى تعاقب أصحاب الفنادق والمقاهى والأماكن المفروضة المعدة للابحار وغيرهم ممن يسكنون الناس بالأجرة يومياً إذا قبلوا في دفاترهم الأشخاص الساكنين عندهم باسماء مزورة وهم يعلمون ذلك ، والمادة ٢٢٠ التى تعاقب كل موظف عموم أعطى (والمقصود حرر) تذكرة سفر أو تذكرة مرور باسم مزور مع علمه بالتزوير ، والمادة ٢٢٦ التى تعاقب كل من قرر في إجراءات تحقيق الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة أقوالاً غير صحيحة عن الوقائع المرغوب إثباتها وهو يجمل حقيقتها أو يعلم أنها غير صحيحة .

٣٣ - خاتمة : كفاية القصد العام في التزوير : نخلص من كل ما تقدم إلى أن التزوير جريمة عمدية يكفى لوقوعها القصد العام ولا تلزم

فوقه نية خاصة أيا ما كانت هذه النية (١). وقد يتبادر إلى الذهن أن الإكتفاء بهذا القصد في التزوير يؤدي إلى توسعة في مجال العقاب لم يكن يحسد منها إلا تخصيص القصد بنية الإضرار أو بنية الاستعمال أو بما عدا ذلك من غايات . بيد أن هذه الخشية لا مبرر لها ، فإدما قد سلمنا بأن الضرر عنصر في التزوير ، فذلك يغني عن تلمس نية خاصة فيه ، إذ يكفي طبقاً للقواعد العامة أن ينصرف العلم إليه وأن يغير الشخص الحقيقة مستوياً لديه حصوله أو عدم حصوله . وتحديد القصد على الوجه الذي نراه كاف لحمل ما استقرت عليه معظم أحكام القضاء في مصر وبغير حاجة إلى اصطناع قصد خاص .

(١) إقلي من ١٥٦ ، وبه قالت بعض أحكام القضاء في فرنسا .

تحديد مقابل التحسينات في أجرة الأماكن

بين الواقع والقانون

للدكتور سهير عبد الحميد تناغو

أستاذ القانون المدنى المساعد - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية .

١ - الاضطراب فى قضاء المحاكم الابتدائية قبل إجازة الطعن فى أحكامها :

من أهم الاصلاحات التى سقها القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ فى تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر الغاء المادة ١٥/٤ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، والتى كانت تمنع الطعن فى الأحكام الصادرة فى المنازعات الاجبارية . وكان مشروع القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المقدم من الحكومة يقرر نفس الحكم الملغى ، ولكن اللجنة المشتركة من لجئى الشئون التشريعية والخدمات بمجلس الأمة ، لغت هذا الحكم ، وجاء فى تقريرها « أدخلت اللجنة تعديلا على اجراءات التقاضى ... فعدلت المادة (٤٠) على نحو يفتح باب الطعن فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية تجنباً للكثير من التناقضات التى حفلت بها الأحكام بسبب حظر الطعن فيها مع أن فتح باب الطعن من شأنه أن تستقر الأحكام على مبادئ موحدة تستقر بها المنازعات استقراراً جامعاً مانعاً » .

والواقع ان التعارض والتناقض فى أحكام المحاكم الابتدائية والذى يشير اليه التقرير المذكور ، لم يكن قاصراً على المسائل الدقيقة التى قد تختلف فيها وجهات النظر ، أو على المسائل الصغيرة التى لا يؤدى الاختلاف فيها إلى كثير من الضرر ، بل ان الاختلاف كان شاملاً لأكثر المسائل وضوحاً فى القانون ، واعظمها خطراً فى المعاملات .

ولعل أبرز مثل على هذا التناقض والاختلاف ما كانت تقضى به المحاكم كجزاء مدنى لمجاوزة الحد الأقصى لأجرة الأماكن .

فمن ناحية كانت تقضى بعض الأحكام بالحكم الصحيح في القانون ، وهو أن الحد الأقصى لأجره الأماكن يتعلق بالنظام العام ، وأن كل اتفاق على أجره تجاوز الحد الأقصى يقع باطلاً بطلائعاً . وهو بطلان لا ترد عليه الاجازة ، وبالتالي فإن دعوى تخفيض الأجرة يجوز رفعها في أى وقت طالما أنها لم تسقط بالتقادم ومدته خمس عشرة سنة . كما وأن رضاء المستأجر الصريح بأجرة تزيد على الحد الأقصى يقع باطلاً لمخالفته للنظام العام ، فإن رضاه الضمني والذي يتمثل في سكوته مدة من الزمن عن رفع دعوى تخفيض الأجرة لا يمنعه بعد ذلك من رفعها طالما أنها لم تسقط بالتقادم طبقاً للمادة ١٤١ من القانون المدني (راجع في هذا المعنى الأحكام العديدة المشار إليها في عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٦ ، فقرة ٦٢٣ ص ١٠٢٨ هامش ١) .

ورغم أنه كان لا يجوز الاختلاف في حكم هذه المسألة ، إلا أن أحكام القضاء قد اضطربت فيها اضطراباً يبيّن على حد تعبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري (المراجع السابق ، ص ١٠٢٧) ، فقد قضت أحكام عديدة من ناحية أخرى بأن دعوى تخفيض الأجرة يجوز النزول عنها صراحة ، كما يجوز النزول عنها ضمناً وهو ما يمكن أن يستخلص من سكوت المستأجر عن رفع هذه الدعوى مدة طويلة . بل ذهب بعض الأحكام إلى صحة الاتفاق على أجره تزيد عن الحد الأقصى إذا تم هذا الاتفاق بعد إبرام عقد الإيجار ، أى في وقت لم يكن المستأجر فيه واقعاً تحت أى ضغط أو إكراه (راجع الأحكام المشار إليها في ، عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٠٢٩ - ١٠٣٣) .

وما قضت به هذه الأحكام الأخيرة غير صحيح في القانون ، ويخالف أبسط المبادئ المسلم بها ، رغم أنها من حيث العدد والتواتر ، تغلب على الأحكام الأخرى التي طبقت القانون تطبيقاً صحيحاً لا شك فيه .

ولازالة الاضطراب في هذه المسألة الخطيرة فقد نبه الدكتور السنهوري

إلى ضرورة التفرقة بين دعويين ، الأولى هي دعوى تخفيض الأجرة والثانية هي دعوى استرداد ما دفع زائداً عن الحد الأقصى للأجرة ، وهو يقول في هذا الشأن ان أصحاب الرأي الذى يذهب إلى جواز النزول عن دعوى تخفيض الأجرة صراحة أو ضمناً لا يميزون فيما يبدو تمييزاً واضحاً بين دعوى تخفيض الأجرة وهذه لا يجوز النزول عنها ولا تتقدم إلا بخمس عشرة سنة ... وبين دعوى استرداد ما دفع من الأجرة زائداً عن الحد الأقصى وهذه دعوى لا تتعلق بالنظام العام فيجوز النزول عنها صراحة أو ضمناً وهي كسائر دعاوى استرداد ما دفع دون حق تتقدم بثلاث سنوات » (المراجع السابق ص ١٠٣٤) .

وبعد أن نبه الدكتور السهورى إلى هذه التفرقة الواضحة ، صدر حكم من محكمة النقض مؤيداً رأى الذى دافع عنه الدكتور السهورى وهو الرأى الذى يتفق مع المبادئ المسلم بها فى القانون . وقد جاء فى هذا الحكم انه «إذا كانت الدعوى بطلب تخفيض الأجرة مبنية على بطلان الاتفاق على أجرة تزيد على الحد الأقصى المقرر بهذا التشريع وكان هذا البطلان على ما يبين من نصوص ذلك القانون بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام فان هذه الدعوى يصح رفعها فى أى وقت ولو بعد انقضاء العلاقة الإيجارية ما دام لم يسقط الحق فى رفعها بالتقدم ولا يصح اعتبار سكوت المستأجر مدة من الزمن نزولاً منه عن الحق المطالب به لأن هذا النزول صريحاً كان أو ضمناً يقع باطلاً ولا يعتد به » (الطعن رقم ٣٩٥ لسنة ٢٧ القضائية فى ١٤ مايو ١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، عدد ٢ ، قاعدة ١٠٦ ص ٦٧٠) .

ومن غير المتصور بعد الايضاح الذى قدمه الدكتور السهورى ، وبعد الحكم الذى اصدرته محكمة النقض أن تعود المحاكم الابتدائية مرة أخرى إلى الاتجاه الخاطىء فى تطبيق القانون والذى يجزى الاتفاق الصريح أو الضمنى على النزول عن دعوى تخفيض الأجرة (فى هذا المعنى ، سليمان مرقس ، شرح قانون إيجار الأماكن ، الطبعة الخامسة ، ١٩٧٠ ، ص ١٨٧) .

٢ - الحد الأقصى للأجرة لم يعد حكماً استثنائياً :

أهم ميدان يقوم عليهما قانون إيجار الأماكن ، هما مبدأ الحد الأقصى للأجرة ، ومبدأ الامتداد القانوني لعقد الإيجار . وقد كانت النظرة إلى قانون إيجار الأماكن ، في مجموعه تذهب إلى أنه قانون استثنائي لمخالفة مبادئه للقواعد العامة في نظرية العقد ، وأنه لهذا السبب قانون مؤقت لا يلبث أن يلغى عندما تزول الحاجة التي دعت إلى إصداره وهي أزمة المساكن .

وقد تبين بعد مرور سنوات طويلة على إصدار التشريعات المختلفة لإيجار الأماكن ، ان أزمة المساكن لن تزول وأن الحاجة إلى هذه التشريعات ليست وقتية بل دائمة . ولذلك كان من الطبيعي عند إصدار قانون إيجار الأماكن الأخير رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أن ترفع عنه الصفة الاستثنائية التي كانت لاصقة بالقوانين السابقة ومنها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . وقد جاء في تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الشؤون التشريعية والخدمات بمجلس الأمة : «اجتمعت اللجنة على أنه لا يقبل أن يكون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر في مجتمع اشتراكي من القوانين الاستثنائية :: فقررت اللجنة المشتركة انه قانون خاص وليس قانوناً استثنائياً ، وهو خاص من ناحية تطبيقه لأنه لا يشمل كل علاقات المؤجرين والمستأجرين » .

ويترب على زوال الصفة الاستثنائية عن قانون إيجار الأماكن ، اعتبار المبادئ الأساسية التي قررها هذا القانون ، كبداً الحد الأقصى للأجرة مثلاً ، في حكم المبادئ العامة التي يجب الرجوع إليها أولاً قبل الرجوع إلى مبدأ سلطان الإرادة المقرر في نظرية العقد ، وذلك كلما دعت الحاجة إلى الاسمحة بالمبادئ العامة في النطاق الذي يطبق فيه قانون إيجار الأماكن .

ومقتضى هذا القول ان الحد الأقصى لأجرة الأماكن ليس حكماً متعلقاً بالنظام العام فحسب بل هو أيضاً مبدأ من المبادئ العامة في تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين .

٣ - جميع عناصر الأجرة تخضع للحد الأقصى :

رغم ان التقنين المدني يجيز أن تكون الأجرة نقداً أو في صورة أى مقدمة أخرى (م ٥٦١) ، الا أن قانون ايجار الأماكن يحتم أن تكون الأجرة نقداً حتى يمكن تطبيق الحد الأقصى للأجرة بطريقة حسابية دقيقة .

والأجرة طبقاً لقانون ايجار الأماكن هي المبالغ النقدي الذى يدفعه المستأجر مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة .

والأجرة بهذا المعنى تتكون من عنصرين دائمين ، ومن عنصر ثالث احتمالى .

أما العنصران الدائمان فهما أولاً مقابل الانتفاع بالمكان المؤجر ذاته ، وثانياً مقابل الانتفاع بالأرض أو الجزء من الأرض التى اقيم المكان عليها . أما العنصر الثالث الاحتمالى فهو مقابل التحسينات التى يكون المؤجر قد أدخلها على العين المؤجرة .

ومن البديهي أن خضوع الأجرة لحد أقصى لا يجوز الاتفاق على مجاوزته ، ينطبق على الأجرة بكل عناصرها ، وليس على بعض هذه العناصر دون البعض الآخر ، والا لانهم قانون ايجار الأماكن من أساسه : فن غير المتصور . مثلاً أن تخضع أجرة المكان لحد أقصى بينما تخضع أجرة الأرض أو أجرة التحسينات لارادة المتعاقدين بغير حد أقصى .

ومن المعروف أن طريقة تقدير الحد الأقصى لأجرة المكان تختلف بحسب تاريخ انشاء المكان ، وأن الأماكن الموجودة فى مصر تنقسم إلى ستة أقسام مختلفة بحسب تاريخ انشائها ، وبالتالي كيفية تقدير الحد الأقصى لأجرتها .

ومن المعروف أن تقدير الحد الأقصى لأجرة أماكن القسم الخامس ، طبقاً للقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ، وهى الأماكن التى بدىء فى انشائها

أو اكتمل انشاؤها منذ ٥ نوفمبر عام ١٩٦١ ، يتم على أساس نسبة معينة من ثمن الأرض هي ٥٪ سنوياً ونسبة معينة من تكاليف البناء هي ٨٪ سنوياً . ولم يشر هذا القانون إلى أى مقابل للتحسينات إذ لا يمكن التفرقة بين تكاليف البناء وتكاليف ما به من تحسينات ، وبالتالي فإن مقابل التحسينات يكون هو أيضاً ٨٪ سنوياً باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من البناء ذاته . وتقدير الأجرة بالنسبة لأماكن القسم الخامس يتم بعد أن ينتهى انشاء البناء تماماً ويكتمل له كل ما يحتاج إليه من تحسينات بحسب ما يرى المالك ادخاله في البناء من هذا القبيل .

أما أماكن القسم السادس وهي التي يسرى عليها القانون الجديد رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وهي الأماكن التي لم يكن قد تم تحديد أجرتها بطريقة نهائية قبل العدل بهذا القانون من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية في ١٨ أغسطس سنة ١٩٦٩ ، فإن تقدير الحد الأقصى لأجرتها يتم بنفس الطريقة الخاصة بأماكن القسم الخامس ، أى على أساس نسبة معينة من ثمن الأرض هي ٥٪ سنوياً ونسبة معينة من تكاليف البناء هي ٨٪ سنوياً . ومع ذلك فإن القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ادخل حكماً جديداً هو ضرورة وضع تقدير مبدئى لأجرة المكان المراد انشاؤه عند اصدار الترخيص بالبناء وقبل الشروع في البناء فعلاً (م ٦ من القانون) : والتقدير المبدئى يحدد طبيعة البناء وهل هو من المباني الشعبية أو المتوسطة أو فوق المتوسطة . . . الخ . وهذا التقدير يقيد المالك في التحسينات التي قد يرغب في ادخالها على العين ، إذ المفروض ألا يدخل المالك في البناء تحسينات يمكن أن تؤدي إلى زيادة الأجرة عند التقدير النهائي عن الأجرة المبدئية المحددة في ترخيص البناء . وبطبيعة الحال فانه في الحدود التي تتفق فيها التحسينات مع طبيعة البناء بحسب الترخيص الصادر به فإن المالك يتقاضى عنها أجره ٨٪ سنوياً كما هو الشأن بالنسبة لتكاليف البناء في مجموعه .

٤ - حق المؤجر في تقاضى أجره إضافية كقابل للتحسينات بالنسبة لأماكن الأقسام الستة :

لم يرد في أى تشريع من تشريعات إيجار الأماكن نص خاص بتحديد أجرة مستقلة كقابل للتحسينات تضاف إلى أجرة العين المؤجرة ذاتها .

ومن الناحية العملية فإنه غالباً ما يكون الاتفاق على الأجرة شاملاً للأرض والعين والتحسينات جميعاً دون تحديد أجرة مستقلة لكل عنصر من هذه العناصر .

وقد رأينا أن المشرع في القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ورقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ افترض أن التحسينات جزء لا يتجزأ من البناء ذاته ، ولذلك لم يضع لها أى مقابل مستقل عن مقابل تكاليف البناء وهو ٨٪ سنوياً من قيمتها .

ومع ذلك فقد يحدث في بعض الحالات العملية أن تضاف إلى العين ، وبعد الوقت الذى تم فيه تقدير أجرة المكان ، تحسينات لم تكن موجودة في ذلك الوقت ولم تدخل بالتالى في تقدير الحد الأقصى المشار اليه .

فاذا تم ذلك دون قصد التعديل على أحكام القانون الآمرة ، فإنه يكون من العدل أن يتقاضى المؤجر أجره مستقلة عن هذه التحسينات تضاف إلى الحد الأقصى لأجرة العين التى ادخلت هذه التحسينات عليها .

وبالنسبة لأماكن القسم الأول فإن المادة ١٤ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ تنص على أنه «يدخل في تقدير الأجرة المتفق عليها أو أجره المثل تقدير كل شرط أو التزام جديد لم يكن وارداً في العقود المبرمة قبل أول مايو سنة ١٩٤١ أو لم يجر العرف في هذا التاريخ بفرضه على المستأجرين »

وقد ذهب الفقه والقضاء في تفسير هذا النص إلى أنه يشمل أيضاً التحسينات التى يكون المؤجر قد أدخلها على العين المؤجرة ، والتي لم تكن بالعين في شهر ابريل سنة ١٩٤١ ، وهو الشهر الذى تحسب على أساسه أجرة أماكن القسم الأول التى انشئت قبل أول يناير عام ١٩٤٤ ، وأبرمت

عقود إيجارها منذ أول مايو عام ١٩٤١ (راجع حكم النقض السابق ذكره ص ٦٧١) .

ولا شك في أن هذا الحكم يسرى على التحسينات التي يدخلها المؤجر على أى مكان من أماكن الأقسام الستة وليس فقط على أماكن القسم الأول طالما أن التحسينات لم تكن موجودة عند تقدير الحد الأقصى لأجرة المكان .

وحقاً بالنسبة لأماكن القسم الخامس والقسم السادس ، والتي افترض فيها المشرع أن التحسينات جزء لا يتجزأ من البناء ذاته ، فإنه قد يحدث من الناحية العملية وبعد تقدير الحد الأقصى لأجرة هذه الأماكن أن يقوم المالك بادخال التحسينات على العين المؤجرة كإضافة حجرة جديدة إليها أو تقسيم حجرة واحدة إلى حجرتين أو ادماج حجرتين في حجرة واحدة أو تحويل شقتين إلى شقة واحدة أو العكس . الخ ، وفي كل هذه الحالات وغيرها فإنه يكون من العدل إضافة مقابل لهذه التحسينات .

والمسألة التي تعرض أمام القاضى عند النزاع ، هى كيفية تقدير مقابل التحسينات . ولحل هذه المسألة فإن القاضى يبدأ أولاً بتقدير قيمة التحسينات ثم يقوم بعد ذلك بتحديد المقابل السنوى لهذه القيمة والذي يضاف إلى الحد الأقصى لأجرة المكان .

وتحديد قيمة التحسينات مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع . أما تحديد المقابل السنوى لهذه القيمة فمسألة قانون لا تخضع لسلطة القاضى التقديرية ، بل تخضع فيها حكم القاضى لرقابة محكمة النقض ، وهذا ما نوضحه فيما يلى :

٥ - تحديد قيمة التحسينات مسألة واقع :

من المؤكد أن تحديد قيمة التحسينات ، أى تحديد التكاليف الحقيقية التي انفقها المؤجر في سبيل انشائها ، من مسائل الواقع التي تخضع للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع .

وبطبيعة الحال فان القاضى قد ينتدب خبيراً لتقدير قيمة التحسينات التى يطالب المؤجر بأجرة اضافية مقابلها ، وتقدير الخبير يخضع بدوره لرقابة القاضى الذى يعتبر الخبير الأعلى لكل ما يحتاج إلى خبرة فنية ،

فاذا قدر الخبير تكاليف التحسينات بمئة جنيه أو ألف أو غير ذلك من الأرقام ، واطمأن القاضى إلى تقديره وأقره عليه ، فان المسألة تكون قد حسمت بطريقة نهائية ولا تخضع بعد ذلك لأية رقابة من محكمة النقض ،

٦ - تحديد مقابل التحسينات مسألة قانون :

إذا تم تحديد قيمة التحسينات فتكون الخطوة التالية هى تحديد ما يستحقه المؤجر كمقابل سنوى عن هذه القيمة ، أى كفائدة استثمار عن رأس المال الذى انفق . والفصل فى ذلك لا يتعلق بالواقع ولكنه يتعلق بالقانون ، بل يتعلق بقواعد القانون الآمرة التى لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها .

وكما اضطربت المحاكم الابتدائية بصدور دعوى تخفيض الأجرة لمجاوزتها الحد الأقصى ، وهو الاضطراب الذى حسنته محكمة النقض بتغليب رأى الصحيح الذى لا يجزئ الاتفاق الصريح أو الضمنى على الزول عن هذه الدعوى ، فان المحاكم الابتدائية لازالت مضطربة أشد الاضطراب بالنسبة لتحديد مقابل التحسينات ، وهو ما يحتاج إلى ايضاح خاص ، وربما إلى قضاء خاص من محكمة النقض ، لأن الاضطراب فى هذه المسألة يمكن أن يودى إلى نتائج خطيرة من الناحية العملية قد تصل إلى هدم قانون إيجار الأماكن ذاته . وقد يكون مفيداً فى هذا الشأن ابداء الملاحظات الآتية :

١ - لا مانع من الأخذ باتفاق المتعاقدين فى تقدير مقابل التحسينات إذا كان هذا الاتفاق لا يجاوز المقابل الحقيقى لها ، وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض فى حكمها السابق الإشارة إليه « وقد يتفق على ذلك بين المؤجر والمستأجر فى عقد الإيجار ذاته أو فى اتفاق لاحق ويعمل بما اتفق عليه

الطرفان ما لم يثبت المستأجر أن القصد من هذا الاتفاق هو التحايل على أحكام القانون ، فعندئذ يقوم القاضي بالتقدير .:

٢ - المقصود بالأخذ باتفاق المتعاقدين في تقدير قيمة التحسينات هو عدم اللجوء إلى اجراءات تقدير الأجرة التي رسمها المشرع طبقاً للقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ أو طبقاً للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . فهذه الاجراءات لازمة فقط لتقدير أجرة الأماكن الجديدة التي لم تحدد لها أجرة بعد ، أما التحسينات في الأماكن التي سبق تقدير الحد الأقصى لاجرتها ، فلا يخضع تقدير مقابلها لهذه الاجراءات ، بل يكون تقديرها بحسب اتفاق المتعاقدين طالما ان المستأجر راض عن هذا الاتفاق ولا يرغب في الطعن فيه .

٣ - سكوت المستأجر عن الطعن في الاتفاق على تحديد مقابل التحسينات فترة من الزمن لا يمنعه من الطعن بعد ذلك ، لأن الأمر يتعلق في هذه الحالة بدعوى تخفيض الأجرة ، وهي دعوى تتعلق بالنظام العام ولا تسقط بالزول الصريح أو الضمني عنها ، وإنما تسقط فقط بالتقادم ومدته خمس عشرة سنة (حكم النقض السابق ذكره) .

٤ - المقصود بالتحايل الذي يجيز للمستأجر طلب تخفيض الأجرة هو كل اتفاق على مجاوزة الحد الأقصى للأجرة سواء في ذلك أجرة العين ذاتها أو التحسينات التي ادخلت عليها أو الأرض التي اقيمت عليها . فالتحايل ليس هو حالة نفسية مستمدة من سوء نية المؤجر ، بل هو نتيجة حتمية لكل مجاوزة للحد الأقصى للأجرة . فمجرد مجاوزة الحد الأقصى للأجرة يتحقق معه تحايل المؤجر ، ولو كان هذا المؤجر بالذات حسن النية لا يعلم أحكام القانون الآمرة ، ولا يرغب في استغلال المستأجر بأي حال .

٥ - الدور الذي يجوز لارادة المتعاقدين أن تلعبه في تحديد أجرة التحسينات لا يجوز أن يزيد عن الدور الذي يمكن لهذه الارادة أن تلعبه في تحديد أجرة العين ذاتها أو اجرة الأرض التي اقيمت عليها . فاذا كان كل اتفاق على مجاوزة الحد الأقصى للأجرة يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً

فان ذلك يشمل أيضاً كل اتفاق على مقابل للتحسينات يزيد على المقابل الحقيقي لها ، لأن المقصود بالأجرة ، أجرة الأرض ، والعين التي اقيمت عليها ، والتحسينات التي أدخلت على هذه العين ، بغير تفرقة على الاطلاق . ومن غير المتصور أن يخضع المشرع أجرة الأرض والمكان لحد أقصى بينما يطالب أجرة التحسينات بغير حد أقصى ، فذلك لغو يزه عنه الشارع ويرفضه القضاء بكل وضوح (حكم النقض السابق الاشارة اليه) .

٦ - حتى تتحقق أغراض التشريع من وضع حد أقصى لأجرة الأماكُن ، لا يكفي تقرير مبدأ تدخل القاضي لتقرير مقابل التحسينات بل ينبغي أيضاً بيان حكم القانون الذي يطبقه القاضي في هذه المسألة ، والحل الذي يبحث عنه القاضي في هذا الشأن هو حل لمسألة قانونية ، هي معرفة فائدة الاستئثار عن قيمة التحسينات التي ادخلها المؤجر على العين المؤجرة . وتحديد فائدة الاستئثار مسألة قانونية تتعلق بالنظام العام .

٧ - فائدة الاستئثار التي يستحقها المؤجر مقابل التحسينات : ٧٪
أو ٨٪ :

كما أن المشرع لم يضع نصاً خاصاً لاستحقاق المؤجر ، أجرة اضافية كمقابل للتحسينات ، فهو لم يضع بطبيعة الحال نصاً خاصاً يبين طريقة حساب هذا المقابل ، أي النسبة المئوية التي يستحقها المؤجر من قيمة هذه النفقات سنوياً .

ولكن هذا لا يعني خلو التشريع من أي تحديد في هذا الشأن ،

فن المؤكد انه في ظل القانون المدني ، لا يجوز أن تزيد الفوائد على رأس المال عن ٧٪ . والحد الأقصى لسعر الفائدة لا يسرى فقط على القروض ، بل يسرى على كل العقود «التي تشترط فيها الفوائد» (م ٢٢٧/١ مدني) ، وهو ما يمكن أن ينطبق بطريق القياس على عقود الانجار التي يخضع المشرع أجرتها لحد أقصى ، دون أن يبين طريقة تحديد الحد الأقصى بالنسبة لبعض عناصر هذه الأجرة كما هو الشأن بالنسبة للتحسينات .

وقد عبر أحد أحكام المحاكم الابتدائية عن مدى التشابه بين وضع حد أقصى للأجرة الأماكن ، ووضع حد أقصى لفائدة القرض ، تعبيراً دقيقاً ، جعل الدكتور السهوري يستشهد بأسباب هذا الحكم في المتن من كتابه الوسيط . ويقول الحكم في هذا الشأن أن تخفيض الأجرة إلى الحد الأقصى المسموح به قانوناً وتصحيح اجباري لا اختياري ، يجري بانتقاص جزء من الاتفاق ، ويترتب عليه رد الأجرة الزائدة إلى الحد القانوني مع بقاء العقد نافذاً بهذا التصحيح منذ نشوئه لا من وقت تصحيحه ، وإن الاتفاق على الأجرة الزائدة يشبه تماماً الاتفاق على فائدة تجاوز الحد المقرر ، ووجه المشابهة أن الفوائد تعتبر من وجهة التكييف القانوني أجره للقرض ، وأن المتأمل في النصوص الخاصة ببطان الاتفاق ورد الزائد في الحالين يلاحظ ،^١ بينها من تماثل في المبنى وفي المعنى إلى صورة يمكن معها القول بأن المشرع نقل أحكام أجرة الأماكن من أحكام فوائد الديون (مصر الكلية ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٤ ، المحاماه ٣٦ رقم ٤٤٦ ص ٩١١ ، سشار إليه في السهوري ، الوسيط ، ج ٦ ، ص ١٠٢٥ - ١٠٢٦) .

وإذا صح ما تقوله المحكمة الابتدائية - وهو صحيح لا شك فيه - من أن أحكام أجرة الأماكن تماثل في المبنى والمعنى أحكام فوائد الديون ، فإنه يكون من الواجب القول بأنه في ظل القانون المدني كان لا يجوز أن تزيد فوائد الاستئجار مقابل التحسينات عن ٧٪ وإن هذا الحكم يتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه كما يخضع القاضي في تطبيقه لرقابة محكمة النقض .

ولكن اعتباراً من ١٦ فبراير سنة ١٩٦٢ وهو تاريخ نفاذ القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ، أصبح من اللازم حساب مقابل التحسينات في الأجرة بنسبة ٨٪ سنوياً من قيمة هذه التحسينات ، وهي نفس النسبة التي حددها القانون المذكور كطريقة لحساب أجرة المباني فيما يتعلق بتكاليف هذه المباني ذاتها .

والواقع ان القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ لم يفرق كما سبق ان ذكرنا بين التحسينات وبين المباني ذاتها ، ولم يضع بالتالى نسبة مئوية خاصة كمقابل للتحسينات . تختلف عن النسبة المئوية التى وضعها كمقابل للمباني ، بل هو اعتبر التحسينات جزءاً لا يتجزأ من المباني ، واعطى المالك عن نفقات اقامة المبنى نسبة مئوية من هذه النفقات هى ٨٪ سنوياً ، وتشمل هذه النسبة فوائد استثمار المباني ومقابل استهلاك رأس المال ومصروفات الاصلاح والصيانة والادارة . وتستحق هذه النسبة عن جميع نفقات البناء لا فرق فى ذلك بين الخرسانة المسلحة أو الطوب أو البياض أو الخشب أو الكهروءاء أو الأدوات الصحية أو ما يعتبر تحسينات كالديكورات والبياض بالزيت والرخام ووسائل التدفئة المركزية ، والمصعد ، الخ ، فكلما بناء تشمل كل هذه الأشياء بغير تفرقة على الاطلاق .

والحكم الذى قرره القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ، عاد فأكدته مرة أخرى القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ،

وإذا كانت التحسينات التى يتم ادخالها وقت انشاء البناء تنلمج فيه . وتعتبر جزءاً لا يتجزأ منه ويستحق عنها المالك فائدة سنوية مقدارها ٨٪ من قيمتها ، فان نفس الفائدة تستحق أيضاً على التحسينات التى يتم ادخالها بعد اتمام البناء وبعد تقدير الحد الأقصى لأجرته . إذ من غير المعقول أن يختلف مقابل التحسينات بحسب ما إذا كانت قد ادخلت فى العين وقت انشاء البناء أو بعد ذلك .

ومن ناحية أخرى فانه إذا تقرر أن مقابل التحسينات عن المباني الداخلة فى القسم الخامس والقسم السادس هو ٨٪ سنوياً من قيمة انشائها ، فيلغى الأخذ بنفس الحكم بالنسبة لأماكن الأقسام الأربعة الأولى ، إذ من غير المعقول أن تختلف الفائدة التى يستحقها المالك عن قيمة التحسينات بحسب تاريخ انشاء المكان ، خاصة وأن تاريخ انشاء المكان لا علاقة له بتاريخ

ادخال التحسينات التي يجوز ادخالها بالعن في أى وقت في الحاضر أو في المستقبل ، فن المتصور مثلا ان يدخل المؤجر في عام ١٩٧٠ أو عام ١٩٧٥ تحسينات على عين انشأت قبل أول يناير عام ١٩٤٤ أى على عين داخلة في القسم الأول ، فلا يجوز لهذا المؤجر أن يحصل على مقابل لهذه التحسينات يزيد على المقابل الذي حصل عليه مؤجر آخر ادخل نفس التحسينات وفي نفس الوقت على عين أخرى تعتبر من اماكن القسم الخامس أو السادس ، فقابل التحسينات ينبغي أن يكون موحداً بالنسبة لجميع الأماكن بغض النظر عن تاريخ انشائها ، إذ لا تلازم بين تاريخ انشاء المكان وتاريخ ادخال التحسينات .

والخلاصة انه في ظل القانون المدنى لم يكن من الجائز أن يزيد مقابل التحسينات عن ٧٪ سنوياً من قيمتها ، وانه بعد صدور القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ والقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ لم يعد من الجائز أن يزيد مقابل التحسينات عن ٨٪ سنوياً من قيمتها .

ويتعلق هذا الحكم بقاعدة قانونية أمرة يخضع القاضى في تطبيقها لرقابة محكمة النقض ،

٨ - بعض المحاكم الابتدائية تعطى فائدة ٢٠٪

تجرى بعض المحاكم الابتدائية على إعطاء المؤجر كمقابل للتحسينات التي يدخلها على العين المؤجرة ، فائدة سنوية مقدارها ٢٠٪ من قيمة هذه التحسينات (مصر الكلية ١٧ يناير سنة ١٩٥٥ دائرة ١٢ قضية رقم ٢٥٧ ، ٢٩ مارس سنة ١٩٥٨ دائرة ٤ قضية رقم ٣٢٥١ سنة ١٩٥٧ ، شار الهما في السبورى ، الوسيط ، ج ٦ ، ص ٩٢٨ ، هامش ٢ ، وسليمان مرقس الطبعة الخامسة ص ١٠٧ هامش ٢ ، شمال القاهرة ٦ أبريل ١٩٧٢ دائرة ١٩ قضية رقم ١٠٢١٨ سنة ١٩٧١ حكم غير منشور) .

وهذه الأحكام تخرج خروجاً واضحاً على الأحكام الآمرة في التشريع المصرى ، وتفتح في قانون ايجار الأماكن ثغرة واسعة قد تؤدي إلى ضياع كل فائدة من هذا القانون ،

فن ناحية المبادئ العامة للقانون المسمى لا توجد قاعدة واحدة
تجيز أن تصل فوائد رأس المال إلى هذه النسبة الباهظة وهي ٢٠٪ سنوياً
والتي هي أقرب إلى الربا من أى شيء آخر .

ومن ناحية قانون إيجار الأماكن فقد عبر المشرع بوضوح عن إرادته
في إعطاء المالك فائدة عن رأس المال الذي يقيم به المبنى مقدارها ٨٪ سنوياً
وتشمل هذه الفائدة ليس فقط مقابل استثمار هذا المال بل مقابل استهلاكه
أيضاً ، ومقابل نفقات الإصلاحات والصيانة والإدارة ، ومن غير المعقول
أن يقرر المشرع فائدة سنوية ٨٪ عن المبنى ، وتقرر بعض المحاكم فائدة
سنوية ٢٠٪ عن التحسينات ، رغم أنه لا يوجد أدنى فارق على الإطلاق
بين المبنى وبين التحسينات التي تدخل عليها . فالتحسينات جزء لا يتجزأ
من المبنى . والمشرع لم يفرق في المبنى بين أى عنصر من عناصرها ،
بل اعتبرها كلها مركباً واحداً ووسيلة واحدة لا تتجزأ .

وإذا كانت الفائدة الباهظة التي تقررها بعض المحاكم كمقابل للتحسينات
تخالف أحكام القانون الآمرة ، فإنها يمكن أن تؤدي إلى انهيار قانون
إيجار الأماكن الذي يقوم أساساً على مبدأ الحد الأقصى للأجرة ، إذ يكفي
أن يقيم المالك المبنى على مرحلتين الأولى في أضيق الحدود ويستحق عنها
فائدة سنوية مقدارها ٨٪ والثانية على أوسع نطاق وتمت اسم التحسينات
يستحق عنها فائدة سنوية ٢٠٪ ، ولن يكون المالك متحايلاً في هذه الحالة
طالما أنه يستفيد من الأحكام التي تقضي بها المحاكم ، فالتجارب ليس حالة
نفسية ، وإنما هو خروج موضوعي على الحد الأقصى للأجرة كما يحددها
القانون .

ومن حسن الحظ أن الملاك لا يعلمون شيئاً عن قضاء هذه المحاكم ،
إذ لو علموا به لعمد كل واحد منهم في كل حالة يخلو فيها مسكن لديه
إلى ادخال تحسينات على هذا المسكن ثم تأجيره بعد ذلك إلى مستأجر آخر
مع الحصول على فائدة سنوية عن هذه التحسينات نسبتها ٢٠٪ من قيمتها .

ولن يستطيع أحد أن يهتم مثل هذا المالك بالتحليل طالما أن هذا هو حكم القانون في نظر بعض المحاكم . إن المالك الذي يفعل ذلك لا يكون متحايلاً أو باحثاً عن فائدة ربوية ، إذا كانت هذه الفائدة الربوية يمنحها القضاء فعلاً .

ولو حدث ذلك لأنهارت الموازنة الدقيقة التي أقامها المشرع بين مصلحة الملاك ومصلحة المستأجرين .

والواقع أنه لا يمكن العثور على أي تبرير لهذه الفوائد الباهظة . فلا يمكن القول مثلاً أن هذه الفوائد مقابل تحسينات ليس لها طابع البقاء كالبناء نفسه ، مثل هذا القول كان يصح لو أن المحاكم المشار إليها تلزم المستأجر بدفع تعويض عن هذه التحسينات أي رد قيمة هذه التحسينات للمالك في صورة خمسة أقساط سنوية تستهلك بعدها هذه القيمة وتعود الأجرة إلى ما كانت عليه قبل ادخال التحسينات . أما أن تلزم المحاكم المستأجر بأن يدفع فائدة استثمار دائمة بنسبة ٢٠٪ سنوياً من قيمة التحسينات ، فهو ما لا يمكن قبوله ، ولا يجوز قبوله من باب أولى إذا كانت هذه التحسينات بحسب طبيعتها غير ثابتة تماماً وليس لها طابع البقاء كالبناء نفسه . إذ كيف تزداد الأجرة زيادة مؤبدة وبنسبة باهظة مقابل تحسينات أقل عمراً من عمر البناء ذاته ، إن الحجة التي قد تثار في هذا الشأن للدفاع عن هذه الفوائد الباهظة تذهب إلى عكس المقصود منها وتبرز بوضوح مدى المبالغة في تقدير هذه الفوائد .

وقد يقال كحجة أخرى في تبرير هذه الفوائد الباهظة ، أنها مقررة بحسب الأصل لأماكن القسم الأول ، وهي أماكن اجرتها ضعيفة بالنسبة لأجرة الأماكن التي تقام الآن ، فلا بأس أن تزداد هذه الأجرة مقابل التحسينات بنسبة ٢٠٪ من قيمة التحسينات .

ولرد على هذه الحجة فإنه يكفي القول بأنه إذا كانت أجرة أماكن القسم الأول ضعيفة بالفعل إلا أنها أجرة عادلة بحسب ما قرره المشرع

في هذا الشأن وليس للقاضي أن يرفع هذه الأجرة بدافع الشفقة على المالك ولو كان ذلك تحت اسم التحسينات . ومن ناحية أخرى فإن مقابل التحسينات يستحق كما سبق أن رأينا عن جميع الأماكن الداخلة في الأقسام الستة المعروفة وليس فقط عن أماكن القسم الأول .

ومن ناحية ثالثة فلا أهمية لتأخير إنشاء المكان ، إذ لا يوجد تلازم حتمى بين تاريخ إنشاء المكان و تاريخ ادخال التحسينات ، بل الفرض الغالب أن تدخل هذه التحسينات في تاريخ لاحق على إنشاء المكان . وقد يكون إنشاء المكان سابقاً على أول يناير ١٩٤٤ ولكن ادخال التحسينات قد تم في عام ١٩٧٠ أو سيتم في عام ١٩٧٥ أو في تاريخ آخر .

وفي جميع هذه الفروض فإن المسألة التي تعرض أمام القاضي هي تحديد الفائدة السنوية عن النفقات التي تكبدها المالك في ادخال التحسينات . وتحديد هذه الفائدة من مسائل القانون المتعلقة بالنظام العام ، والتي يخضع فيها حكم القاضي لرقابة محكمة النقض .

وغنى الذكر أن المحاكم التي تعطي للمالك فائدة سنوية بنسبة ٢٠٪ من قيمة التحسينات لا يمكن أن تقيم قضاء في هذا المعنى ، شأنها في ذلك شأن الأحكام العديدة الأخرى التي كانت تعتبر من الجائز الزول عن دعوى تخفيض الأجرة نزولاً صريحاً أو ضمناً ، وهي الأحكام التي نسخها محكمة النقض في حكمها السابق الإشارة إليه .

ولا شك أن محكمة النقض سيتاح لها في وقت قريب ، وبعد أن أزال القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ مانع الطعن في أحكام المحاكم الابتدائية ، فرصة الحكم في هذه المسألة الهامة التي تمس قانون إنجاز الأماكن في أهم مبدأ من المبادئ التي يقوم عليها هو مبدأ الحد الأقصى للأجرة .

نختم هذا المقال بالقول بأن عدم اجازة الطعن في أحكام المحاكم الابتدائية طبقاً للمادة ٢٥٠/٤ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ أدى إلى اضطراب أحكام هذه المحاكم اضطراباً يبيّن على حد تعبير الدكتور السهوري ، في أكثر المسائل وضوحاً وتعلقاً بالمبادئ المسلم بها ، وأخطرها شأناً في معاملات الناس . ومن هذه المسائل مسألة كيفية تحديد مقابل التحسينات في أجرة الأماكن ، والتي لا تنفصل بأي حال عن تقدير الحد الأقصى لهذه الأجرة وهو أهم مبدأ يقوم عليه تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر .

والرأى الصحيح في هذه المسألة أن تقدير قيمة التحسينات يعتبر من مسائل الواقع التي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع . أما تقدير المقابل السنوي لهذه القيمة ، فمسألة قانون يخضع فيها حكم القاضي لرقابة محكمة النقض ، وكان من الواجب في ظل القانون المدني وقبل صدور القانونين ٤٦ لسنة ١٩٦٢ و ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أن يقلد هذا المقابل بعد أقصى هو ٧٪ سنوياً من قيمة التحسينات . أما بعد صدور القانونين المشار إليهما ، فإن مقابل التحسينات أصبح ٨٪ سنوياً من قيمتها . أما الأحكام التي تقضى بفائدة استثمار قيمتها ٢٠٪ سنوياً من قيمة التحسينات فهي تقرر فوائد زبوية لا يقرها النظام القانوني في مصر ، ولا تتفق مع الأحكام الآمرة في قانون ايجار الأماكن ، وتتعارض مع الغرض الرئيسي من هذا القانون ومع التوازن الدقيق الذي يقيمه بين مصلحة الملاك ومصلحة المستأجرين .

تم بمشيئة الله ، طبع هذه المجلة ،
بمطبعة جامعة الاسكندرية ، في يوم
السبت ١٠ من مارس ١٩٧٣

مدير المطبعة
محمد يوسف البساطي

BIBLIOGRAPHY

- Deputit, J. De L'utile Et Sa Mesure** (1944). Reprint *La Riforma Sociale*.
- Goldberger, A. S.** *Econometric Theory* (New York, 1964), p. 306 — 307.
- Kicks, J. R.** *A Revision of Demand Theory*. Oxford : Clarendon, 1956, pp. 59—106, 169 — 179.
- Hottelling, H.** "The General Welfare in Relation to Problems of Taxation and of Railway and Utility Rates." *Econometrica*, Vol. 6, (1938) pp. 242 — 269.
- Koopmans, T. C.** "Identification Problems in Economic Model Construction", *Econometrica*, Vol. 17 (April 1949), reprinted in W. C. Hood and T. C. Koopmans (eds), *Studies in Econometric Methods*, Cowles Commission Monograph 14 (New York 1953).
- Lange, O.** "A Reformulation of Certain Aspects of Welfare Economics" *Econometrica*, Vol. XIV (1946), pp. 69 — 78.
- Marshall, A.** *Principles of Economics*. 8th Edition. New York : Macmillan, 1948, pp. 124 — 133, 830 — 831.
- Tinbergen, G.** "A Note on Welfare Economics," *Econometrica*, Vol. XIV, (1946), pp. 69—78.
- . *The Econometrics of Development and Planning*, (First Draft 1964) in mimeographed form.
- Theil, H.** "Econometric Models and Welfare Maximization," *Weltwirtschaftliches Archiv*, Vol. 72, (1954), pp. 60 — 83.
- . *Economic Forecasts and Policy*. Amsterdam : North Holland
- . *Economic Forecasts and Policy*, Amsterdam", North Holland Publishing Co., 1961, pp. 272 — 528.
- Thomas, H. A., Jr. and Revelle, R.** "On the Efficient Use of High Aswan Dam for Hydropower and Irrigation," *Management Science* Vol. XII, No. 8 (April 1966) Vol. XII, No. 8 (April 1966), pp. 296 — 311.
- Witch, D. M.** "Consumers' Surplus and Compensation Principle," *American Economic Review*, Vol. 55, (1965), pp. 395-423.

2. That there is a loss of potential surplus, due to the fact that shifts in supply outstrip shifts in demand to the effect that the two curves would intersect in the fourth quadrant.

3. The loss in potential surplus would still occur when we take into account the target of the UAR plan to double the national income by 1969. This conclusion, however, is on the assumption that no further growth in national income after 1969 is considered.

It is to be noted that conclusion (1) will be somewhat weakened and (2) and (3) would be strengthened if some — or all of the assumptions underlying the shifts of the curves do not hold. This would occur — in the case based on the multiplier — if the actual annual local expenditure on the project is less than L.E. 20 million, or if the marginal propensity to consume is substantially less than the estimated figure used in this study. Or — and this applies also to the case of doubling national income — if the productivity of the new land is not as low as estimated by the Institute of National Planning, or if improved drainage conditions — with considerable effect on productivity of the old land — is taken into account.

4. That an increase in national income — required for shifting the demand curve — as to be generated from outside the agricultural sector, in order to recapture the loss. The hydroelectric power,¹⁰ that is to be created by the project, is now brought into effect. Industrialization becomes a must, even if only to maximize the surplus from agriculture.

In other words, disregarding its contribution to industry, has serious effects on the project's maximum contribution to agriculture. The criterion applied in this study should be credited for bringing this conclusion into focus.

¹⁰ For a mathematical model for a balance between the two uses, see H.A. Thomas, Jr. and R. Revell, "On the Efficient Use of High Aswan Dam for Hydro power and Irrigation." *Management Science*, Vol. XII, No. 8, (April 1966), pp. 296—311.

annual rate of 7.2 per cent⁸) beyond the plan Target date of 1969 is required to bring X_2 to a value ≥ 0 .⁹

A value of $X_2 = 0$, however, is as implausible as a negative value. Agricultural products would be free goods. It is difficult to foresee the rate of growth in the UAR after 1969. However, if the same growth of 7.2 will continue, there is no chance of X_2 falling below 80.

But even if only a mild 3 or 4 per cent rate takes place from 1969—1977, the theoretical negative values of X_2 will never occur in reality. Table VI lists these values.

Table VI.

Year	Equilibrium X_2 with 3% growth in N.I.	Equilibrium X_2 with 4% growth in N.I.
1970	106.551	108.889
1971	94.906	99.746
1972	83.476	90.993
1973	72.269	82.644
1974	61.292	74.716
1975	50.552	67.225
1976	40.055	60.190
1977	29.810	53.628

Conclusions

The fact that negative values of X_2 will not actually occur does not affect our basic conclusions :

1. That the Aswan High Dam is economically justified on its own merits, even if we assume that the national income of the UAR does not increase beyond the multiplier effect on expenditures of the project.

⁸This being the same as the Plan rate of growth which will double the National Income in ten years.

⁹Actually, a 7.2% rate of growth annually for two years, beginning with the 1969 National Income (target) would result in equilibrium $X_2 = 2.4$.

We readily observe that the net gain in surplus for either year, and either discount rate, is such that we could even disregard the rest of the gain in surplus (i.e., until 1977) for our purpose. The net gain in surplus up to this point (1969 or 1970), obviously justifies the project economically on the basis of its contributions to agriculture alone, i.e., the first part of the surplus alone exceeding the cost by a very comfortable margin.

Waste of Potential Surplus

We have seen (Table II) that negative values of the surplus result in the last two years of the period; the supply curve shifts with a pace which takes it — in the years 1975, 1976, and 1977 — out of the range of the positive triangular area under a demand curve, which represents the situation in 1969, and remains unchanged thereafter. The negative values of the surplus are outcomes of the intersection of the two curves in the fourth quadrant.

Lest us relax our basic assumption — of abstracting from all other developments — and take into account the policy of UAR planners to double national income by 1969 (base year income, 1959/1960), assuming first, that the target will be realized, and second, that no further increase in national income will take place. Our findings still give two negative values of equilibrium X_2 :

$$1976 : X_2 = -13.678$$

$$1977 : X_2 = -23.548$$

Although a negative value is implausible, this statistical finding has a meaningful economic interpretation : there is more potential gain, from the project, which would be lost as a result of the slow shift in the domestic demand curve for agricultural products.

To recapture this part, the demand curve has to be pushed further to the right by a process of increasing national income. But there is an important requirement for achieving the desired result by the type of shift which we here suggest : the increase in national income must be generated from outside the agricultural sector to avoid further losses in potential gain. Any further improvement in this sector, at this stage, would result in a further shift in the supply curve to the right and more negative magnitudes of the surplus would occur.

Further Considerations

It is estimated from our study that two years of growth (at an

Table IV.

Year	Equilibrium Value of X_1	Equilibrium Value of X_2
1959	2 525.276	95.845
1960	2 530.937	106.330
1961	2 536.599	116.814
1962	2 542.260	127.299
1963	2 547.922	137.783
1964	2 553.384	148.268
1965	2 924.931	129.883
1966	3 269.278	131.498
1967	3 667.625	123.114
1968	4 038.973	114.729
1969	4 410.320	106.444
1970	4 776.005	87.475
1969	5 141.691	68.608
1972	5 507.377	49.737
1973	5 873.377	90.862
1974	6 238.740	11.899
1975	6 604.433	— 6.871
1976	6 970.177	—25.740
1977	7 335.805	—44.610

Table V.

Border line year	Equilibrium X ₂	Net gain in surplus until the border line					
		L.R. at 3%			L.R. at 6%		
1969	106.344	113	132	574	63	312	140
1970	87.475	140	215	759	83	624	529

It should be observed that one of the X_2 values in Table V lies above the equilibrium X_2 of the initial situation, while the other lies below it, and either of them could be considered approximately equal to it.

Table III.

Year	Number	Value to be in Million L.E.	Discounted By ($1/(1+0.03)^t$)	Discounted by ($1/(1+0.06)^t$)
1960	0	20.000	20.000	20.000
1961	1	20.000	19.420	18.860
1962	2	20.000	18.860	17.800
1963	3	20.000	18.300	16.600
1964	4	20.000	17.760	15.840
1965	5	20.000	17.260	14.940
1966	6	20.000	16.740	14.100
1967	7	20.000	16.260	13.300
1968	8	20.000	15.780	12.540
1969	9	20.000	15.320	11.840
Total		200.000	10.750	175.700
[Undiscounted Part of Cost		187.500	187.500	187.500
Total Cost		387.500	363.200	343.520

approximately equal. Results of our study fare poorly in this regard, and the sum total of the increased surplus may be considered overestimated.⁷ Not only does the equilibrium price of the terminal position fall far below that of the initial position, but it even falls below the horizontal axis and attains a negative value. Table IV lists equilibrium values of X_1 and X_2 over eighteen years.

We therefore suggest that we consider for the moment, only the gain in surplus from the year 1960 until a future year is reached where equilibrium value of price (X_2) is approximately equal to that of 1959 (i.e., 95.845). Two such years are examined as alternative cut-off points, as indicated in Table V.

⁷For more details on this point, the reader is referred to A. M. Kandeel, "The Surplus Approach for Project Appraisal," a Doctoral dissertation, University of Southern California, 1966, Chapter III.

Table II

Year	Number	(1) Δ Surplus	(2) (1) Discounted by $1/(1+0.03)^t$	(3) (1) Discounted by $1/(1+0.06)^t$
1960	0	+27 255.112	+27 255.112	+27 255.112
1961	1	+27 318.582	+26 526.343	+25 761.423
1962	2	+27 379.677	+25 819.035	+24 367.913
1963	3	+27 438.175	+25 105.930	+23 048.067
1964	4	+27 501.763	+24 421.566	+21 781.396
1965	5	+83 686.537	+72 221.481	+62 513.483
1966	6	+84 536.613	+70 757.145	+59 558.312
1967	7	+85 384.284	+69 417.423	+56 780.549
1968	8	+89 366.119	+70 509.868	+56 032.557
1969	9	+83 949.824	+64 298.671	+49 692.968
1970	10	+36 402.131	+27 083.185	+20 313.289
1971	11	+29 303.130	+21 156.880	+15 442.479
1972	12	+22 204.212	+15 555.153	+11 036.493
1973	13	+15 105.236	+10 286.666	+7 084.356
1974	14	+8 006.287	+5 292.156	+3 538.779
1975	15	+940.947	+604.088	+390.375
1976	16	-5 963.768	-3 713.427	-2 349.725
1977	17	-12 864.043	-7 782.746	-4 792.560
Total		+656 941.818	+517 567.397	+430 260.884

favorable; the net gain amounting nearly to one-half of the cost, while at 6 percent it is barely a quarter of the cost. Moreover, the difference between the two values of the surplus at the two discount rates is four and one-half times the difference between the two values of cost at the corresponding discount rates.

Essential for accepting the conclusion for this criterion, however, is that equilibrium prices of the initial and terminal positions are appro-

2. Local expenditures on the project are estimated at L.E. 20 million for each construction year,⁵ i.e., total of L.E. 200 million.

3. The marginal propensity to consume is estimated for the period at 0.8265.⁶

4. Shifts in demand would take place over the period 1960—1969.

5. Shifts in the supply curve are assumed to result only from the addition of 1.3 million acres of cultivable land. Increased productivity of the old land is not considered in this study.

6. It is expected that about 100, 000 acres of new land would be added annually for 13 years .

7. Officials estimate that the lower productivity of the new land — during the first 20 years — is such that 100,000 acres would equal only 62,000 acres of the old land in terms of yield.

8. Until 1964 the published figures did not show any addition of new land. Would. We therefore assume that the first 100,000 acres would have been added during 1965; the thirteen years of shift in supply will then end in 1977

9. The total period during which shifts of either of the curves or both are estimated, is 1960 to 1977 inclusive.

After having determined the values of the two equations for each year, and that of equilibrium X_1 , the differences in the value of the integral were discounted over time by the proper $1/(1+r)^t$ (r = rate of interest). We used, for this process, two alternative values of r , i.e., 3% and 6%. Results are listed in Table II.

Table II indicates that there is a substantial increase in the surplus at either one of the discount rates. In order to evaluate the results, the surplus must be compared with costs. Out of the relevant cost (to agriculture) of L.E. 387.5 million, L.E. 200 million is to be spent over the ten-year period of construction, and discounting over time is to be applied of construction, and discounting over time is to be applied to this portion as well.

Comparison of surplus and cost shows that there would be a sizeable net gain of L.E. 145, 367 and L.E. 86,740, at 3 and 6 per cent, respectively. Results of the 3 per cent interest, however, are far more

⁵ 6M. M. El-Imam, *Models Used in Drafting the 20-Years Plan (1959—1978)* Institute of National Planning, Memo., No., 255 (Dec. 1962), Cairo, p. 11.

Table 1.

Parameter	Value	Stand. Error	Statistic	Significant Level
K_2	-19.380	1.398595	13.856763	1%
K_3	+1.812	0.518140	3.497124	2%
L_2	+0.540	0.813700	0.663635	Not Significant
L_4	+6.014	3.386610	1.775876	10%

Putting the exogenous variables X_3 and X_4 at their mean values, we obtain the following values for equations (1) and (2) :

$$\text{Demand : } X_{1(t)} = 4382.781 - 19.380 X_{2(t)}$$

$$\text{Supply : } X_{1(t)} = 2473.519 + 0.450 X_{2(t-1)}$$

and the equilibrium value of $X_1 = 2525.276$.

Assuming that the two equations represent the situation in 1959, i.e., immediately before construction work on the project began, we proceed to calculate the initial consumers' and producers' surplus. For the integration process, we transform the two equations into the form :

$$\text{Demand : } X_2 = 226.149 - 0.0516 X_1$$

$$\text{Supply : } X_2 = 4580.591 + 1.851 X_1$$

and the area between these two curves is equal to

$$\begin{aligned} & \int_{2473.519}^{2525.276} (226.149 - 0.0516 X_1) dx_1 - \int_{2473.519}^{2525.276} (-4580.591 + 1.851 X_1) dx_1 \\ &= 404\,191.406 \end{aligned}$$

Since the figures of X_1 used in this study are in thousand units, the initial consumers' and producers' surplus is : L.E. 404, 191, 406.

As a result of the project, both the supply and demand curves are expected to shift. The following are the assumptions on the basis of which these shifts are estimated :

1. For estimating the shifts in demand, we abstract from any increase in national income, other than what would result from local expenditures on the project and the multiplier effect.

5R. El-Mallakh, "Some Economic Aspects of the Aswan High Dam Project in Egypt," *Land Economics* (February 1959), p. 21.

The model has two endogenous variables, i.e. $X_{1(t)}$, $X_{2(t)}$ and three predetermined variables, i.e., $X_{2(t-1)}$, $X_{3(t)}$, $X_{4(t)}$. Since both equations are thus overidentified³, we use the twostage least squares method⁴ to estimate the coefficients K_0 , K_2 , K_3 , L_0 , L_2 , and L_4 .

In the first stage we estimate the reduced form equations,

$$\hat{X}_{1(t)} = a_0 + a_2 X_{2(t-1)} + a_4 X_{4(t)} \quad (3)$$

$$\hat{X}_{2(t)} = b_0 + b_2 X_{2(t-1)} + b_3 X_{3(t)} + b_4 X_{4(t)} \quad (4)$$

and obtain the following values :

$$\hat{a}_0 = -32325.379 \quad \hat{b}_0 = +1053.991$$

$$\hat{a}_2 = +0.540 \quad \hat{b}_2 = +0.115742$$

$$\hat{a}_4 = +6.014 \quad \hat{b}_3 = +0.053397$$

$$\hat{b}_4 = -0.176999$$

Using equations(3) and (4), we generate a series of estimates \hat{X}_{1t} and \hat{X}_{2t} for the nineteen observations.

In the second stage, the structural equations are estimated. Using the series \hat{X}_2 —instead of X_2 —in equation (1), the demand equation is estimated as :

$$\hat{X}_{1(t)} = 2508.952 - 19.380 X_{2(t)} + 1.812 \hat{X}_{3(t)}$$

The supply equation (2) is already in a reduced form, and the values of L_0 , L_2 , and L_4 are identical to those of \hat{a}_0 , \hat{a}_2 , and \hat{a}_4 . Equation (2) is thus equal to :

$$X_{1(t)} = -32325.379 + 0.540 X_{2(t)} + 6.104 X_{4(t)}$$

The following table shows the significance of the regression coefficients.

3. T. G. Koopmans, "Identification Problems in Economic Model Construction," *Econometrica*, April 1949; G. Tintner, *The Econometrics of Development and Planning*, Draft, p. 143.

4. H. Theil, *Economic Forecast and Policy* (Amsterdam 1965), Revised Ed., pp. 228—240; G. Tintner, *The Econometrics of Development and Planning* pp. 162—169.

for the present study. The figures we use are taken from several sources. Several of the time series for some variables were incomplete in the original form, thus making it necessary to fill in the gaps (some for a period of several years), by statistical estimation.

Our study is performed with only nineteen observations (i.e., 1946-1964). The price variable is composed of price indices of a few main crops, together with a price index of an aggregate variable named „other crops,” with each index's contribution to the general price index weighted by the share of the value of each variable in the total value of agricultural output. Steps were taken to obtain figures for domestic supply-and-demand of agricultural products in terms of an aggregate unit, and adjustments for stocks and for foreign trade were performed.

The methodology consists of estimating domestic supply and demand equations for agricultural products. Integration is used to obtain the initial value of the area between the two curves. We determine the degree of shifts of the supply and demand curves as a result of the project-over the period 1960—1977. Finally, we calculate the ensuing increase in the value of consumer's and producers' surplus. Eighteen separate values of the area between the two curves are obtained for the eighteen years covered, and the difference between each two successive years is estimated. After properly discounting over time, these values are added, and the total is then compared with the relevant cost, similarly discounted. If the surplus turns out to be greater than costs, then the project will be economically justified on the basis of its benefits from the agricultural sector alone.

The two structural equations are assumed to be of the form :

$$\text{Demand : } X_{1(t)} = K_0 + K_2 X_{2(t)} + K_3 X_{3(t)} \quad \dots (1)$$

$$\text{Supply : } X_{1(t)} = L_0 + L_2 X_{2(t-1)} + L_4 X_{4(t)} \quad \dots (2)$$

where $X_{1(t)}$ is the quantity of agricultural product at time t
 $X_{2(t)}$ is the price of agricultural product at time t
 $X_{2(t-1)}$ is the price of agricultural product at one year earlier
 $X_{3(t)}$ is the national income at time t
 $X_{4(t)}$ is the cultivated area at time t

2 UAR Publications : National Bank of Egypt : *Economic Bulletin*; *Memos of Institute of National Planning*.

ECONOMIC APPRAISAL OF THE ASWAN HIGH DAM*

A NEW APPROACH

Dr. GERHARD TINTNER

*Department of Economics University of
Southern California, California*

Dr. ABDEL-FATTAH M. KANDEEL

*Faculty of Econ. and Pol. Sciences Cairo
University, Cairo*

In this essay the authors attempt an economic evaluation of the Aswan High Dam, using the concept of consumers' and producers' surplus.¹ A comprehensive treatment of our subject would no doubt require the inclusion of both the agricultural and industrial sectors of the UAR economy. We were unable to treat our problem in this way, however, for several reasons. Aside from the fact that the full range of the project's effects on the industrial sector cannot be totally conceived of at this stage, the inavailability of the necessary data, from that sector, was the major obstacle. Faced with these problems, we decided to limit the scope of our study to the agricultural sector.

Data and Methodology :

In its comprehensive survey and study conducted during the period 1954—1956, the International Bank for Reconstruction and Development estimated the cost of the project at L.E. 465 million (at the 1956 rate of exchange L.E. 1.00 = \$ 2.78). Figures published by the UAR Information Department indicate that L.E. 77.5 million of the cost are being devoted to hydroelectric machine construction, transmitting electric power, and building several stations for that purpose. The rest of the cost, i.e., L.E. 387.5 million, can therefore be assumed to represent the share of agriculture in the total cost of the Dam.

The set of data used for estimating domestic demand and supply functions for agricultural products was not available in the form necessary

* Research supported by the National Science Foundation, Washington, D. C.

1 G. Tintner, *The Econometrics of Development and Planning* (First Draft, 1964), 1964), pp. 500 — 505.

jusqu'à une anticipation du concept de la plus-value.¹ "Les bénéfices des hommes influents de la terre représentent l'appropriation du travail gratuit ou de tributs d'autrui".²

C'est le problème de la valeur qui se trouve au centre de l'économie politique et qui sera ainsi traité trois siècles plus tard par W. Petty³, considéré comme le fondateur de l'économie politique en tant que science. Pourquoi Ibn Khaldoun n'est-il pas alors considéré comme le fondateur de cette science? Cela peut être attribué au fait qu'Ibn Khaldoun n'a pas traité les autres problèmes économiques d'une manière systématique afin de dégager les lois objectives régissant les phénomènes économiques. Ce qui peut s'expliquer par le fait que l'agriculture, où la période de production est assez longue, faisait l'activité économique dominante malgré un certain épanouissement de l'activité du commerce. De plus, cette agriculture était effectuée par de petites unités isolées. Le rythme de la répétition de l'activité économique est donc lent. D'où la difficulté d'observer la régularité de l'activité économique.⁴

Il n'en demeure pas moins qu'Ibn Khaldoun, au sein d'une société fondée sur la petite production marchande, fait figure de précurseur. Il faudra un nouveau et profond bouleversement du mode de production de la réalité économique, pour que l'homme puisse prendre conscience de toutes les contradictions contenues dans la production des marchandises et dans la marchandise elle-même, pour que l'économie politique puisse effectivement naître en tant que science. Ce qui sera réalisé à l'ère capitaliste, ère de la production marchande généralisée.

1. Il arrive même à entrevoir la réduction du travail complexe au travail simple "il y a des métiers qui sont simples, et il en est d'autres qui sont complexes On commence par enseigner ceux qui sont simples qui concernent les nécessités de la vie et dont on a le plus grand besoin. C'est donc par eux que l'on commence, mais leur enseignement est assez imparfait. Cependant, l'esprit humain ne cesse de perfectionner tous les arts, du simple au complexe, en passant de la théorie à la pratique, par la découverte successive d'une chose après l'autre jusqu'à la perfection". Ibid, p 400.

2. Ibid, p. 389.

3. Pour Petty "la question la plus importante de l'économie politique" sera celui de réduire l'une des deux sources de la valeur, le travail et la nature, à l'autre, c'est-à-dire, trouver le rapport naturel entre la terre et le travail de manière à pouvoir exprimer la valeur par un seul de ces deux termes". Voir l'Anatomie politique de l'Irlande, p 204 et Traité des taxes et contributions, p 43 — 44.

4. Il faut attendre le dix-huitième siècle pour que la régularité du mouvement, dans le domaine des phénomènes économiques, s'impose aux observateurs. Cela a été dû à l'apparition d'un marché national qui a unifié et coordonné toutes les activités économiques de la société, ainsi qu'à l'essor de l'activité industrielle comme activité dominante, avec laquelle s'accéléra le rythme de la répétition des actes économiques.

Quant à la valeur, à laquelle Ibn Khaldoun consacre la première section du chapitre traitant des problèmes économiques¹, il affirme que tout enrichissement est, en dernière analyse, le produit du travail des artisans : "le travail de l'homme est nécessaire à toute acquisition, à tout capital. Quand la source de l'acquisition est le travail personnel, comme dans l'exercice d'un métier, la chose est évidente. Elle l'est moins quand il s'agit d'animaux, de plantes ou de mines (il veut parler de l'agriculture et du travail des mines, M. D) : pourtant, comme on peut le voir, c'est encore l'effet du travail de l'homme. Sans lui, point de profit et nul avantage"².

Le travail est donc, pour Ibn Khaldoun, la source de la valeur.. Un peu plus loin, il nous dit que l'utilité est la condition de la valeur; pour que le produit ait une valeur, il faut qu'il soit socialement demandé³

Ibn Khaldoun élargit cette notion de la valeur : si les prix⁴ des denrées d'alimentation en Espagne sont plus élevés qu'en Afrique du Nord, c'est parce qu'il faut un travail plus long et une quantité plus grande "des frais qu'entraîne l'agriculture"....., l'emploi du fumier par exemple; et non pas parce que les vivres y sont plus rares.⁵ Ici, contrairement aux scolastiques, ce n'est plus la détermination du juste prix, c'est l'explication des prix courants qui est recherchée.

Voilà donc le résultat de l'analyse d'Ibn Khaldoun : une théorie de la valeur travail formulée sous une forme générale qu'il poussera même

1. Cette section est intitulée "Substance et Profit : le gain représente la valeur du travail", op. cit., p 380 et sqq.

2. Ibid., p. 381. Voir aussi p. 382 et Ch., IV, Section 11, intitulée : La prospérité est due à la démographie; p. 360 et sqq.

3. "En effet, les métiers ne peuvent se développer que si on les recherche s'ils ont beaucoup de demandeurs". Ibid, p 403. Et aussi, "tous les marchés sont approvisionnés selon les demandes du public", p 362.

4. La notion du prix implique celle de la monnaie. A propos de cette dernière, Ibn Khaldoun nous parle de "l'or et l'argent, comme (étalon de la) valeur du capital. Aux yeux des hommes, c'est : par excellence ce qui constitue les trésors et la propriété. Même si, dans certaines circonstances, on acquiert autre chose, c'est uniquement pour pouvoir, finalement, la convertir en or ou/en argent". Ibid, p 381. C'est déjà la monnaie conçue dans l'échange de type : argent-marchandise argent.

5. "Quand on parle de la cherté de la vie en Espagne, on croit qu'elle est due à la rareté des vivres et des grains. Mais ce n'est pas le cas ... La véritable cause est ce que nous avons mentionné ci-dessus". Ibid, p364.

de l'observation personnelle¹⁾, le commerce²⁾, et les autres services. Toutes ces activités sont naturelles³⁾, avec une seule exception; "servir un maître n'est pas un moyen naturel de gagner sa vie". Par maître, Ibn Khaldoun entend le gouvernement⁴⁾ et "ceux qui vivent dans le luxe et sont trop fiers pour s'occuper eux-mêmes de leurs besoins, ou sont incapables de le faire vu la mollesse de leur éducation"⁵⁾.

L'activité économique se base sur la division de travail. Et il s'agit ici de la division professionnelle du travail. "Les hommes exercent de très nombreux métiers, résultat du travail considérable des pays civilisés. Ils sont si nombreux qu'ils sont innombrables". Mais les métiers de base menues sont, selon Ibn Khaldoun, l'agriculture, la construction, la couture, la menuiserie, le tissage....., l'obstétrique, la calligraphie, la production des livres, le chant et la médecine"⁶⁾. Il se contente d'étudier en détail ces métiers de base.

1. "Un métier (sinâ'a) est une aptitude acquise dans le domaine du travail et de la pensée". "L'habileté d'un artisan dépendra de la qualité de sa formation, c'est-à-dire, du talent de son instructeur". Ibid, p. 399 — 400.

2. "Par le mot commerce", on désigne la recherche du profit par l'augmentation du capital, en achetant bon marché ce qu'on revend très cher". Ibid., p. 394.

3. Comparer Aristote qui ne considère pas le commerce comme une activité naturelle; mais dans la société musulmane du quatorzième siècle, le rôle du commerce était déjà très important, d'où l'opinion d'Ibn Khaldoun.

4. "Tout sultan a besoin de serviteurs, de soldats, de policiers, de secrétaires, pour toutes les branches du commandement et du pouvoir". Ibn Khaldoun, op. cit., p. 383 — 4.

5. Bien qu'elle soit non naturelle, "servir son maître" est une activité exercée dans la société". Malheureusement l'homme se laisse entraîner par l'habitude⁴⁾, car l'homme n'est pas l'enfant de sa famille: il est le fils de ses habitudes", Ibid., p. 38

6. Ibid. p. 405.

7. Cf. Ibid., p. 406 — 28. On sait que Adam Smith s'est beaucoup intéressé à l'étude de la division du travail, et plus précisément à la division technique du travail, au sein de l'entreprise capitaliste (Voir chapitre I, II et III du livre I, An Inquiry into the Nature & Causes of the Wealth of Nations). On sait aussi que W. Pitty a bien étudié le phénomène (voir Arithmétique Politique, p. 282 — 3 et p. 321) Certains auteurs (cf. G. Amin, Principes de l'analyse économique, Le Caire, 1967, p. 193.) soutiennent qu'Ibn Khaldoun a bien avant Smith, saisi le phénomène de la division, du travail, Cela manque, à notre avis, de précision. Car, tandis qu'Ibn Khaldoun étudie, au cours du 14^e siècle, la division professionnelle du travail, A. Smith s'intéresse, suivant les pas de W. Pitty, à la division soit disant technique du travail, phénomène devenant frappant au sein de l'entreprise capitaliste du dix-huitième siècle.

autre, El Makrisi remarque qu'au cours de la période de famine où les biens sont rares et les prix élevés, à savoir, une situation de pénurie, et avec l'existence de deux sortes de monnaie, d'argent et de cuivre, monnaie d'argent commence à disparaître du marché faisant place à la monnaie de cuivre. Car la hausse des prix signifie une baisse du pouvoir d'achat de la monnaie. Il sera plus avantageux, pour les individus, de transformer les pièces faites d'argent, (un métal plus précieux que le cuivre) en métal, pour l'utiliser en tant que tel¹ (dans la fabrication des bijoux et des ustensiles) dans une situation où existent deux monnaies fabriquées de deux métaux dont un est plus précieux que l'autre — une situation de "bimétallisme" — la mauvaise monnaie chasse la bonne. C'est là une anticipation de la loi dite de Gresham².

III

Pour IBN KHALDOUN, Abdelrahman, philosophe ou sociologue de l'histoire, né à Tunis en 1332 et vivant en Afrique du Nord (dans le sens large du mot) jusqu'en 1406, bien connu par ses "Prolégomènes ou AL-Muqaddima"; pour lui, qui s'intéresse aux problèmes économiques en tant que tels³, la richesse des nations réside dans les "produits des arts et des métiers". Ces produits, les biens, peuvent être soit nécessaires, soit produits de luxe.⁴

Les modes d'acquisition de ces biens sont l'agriculture, l'industrie (qui exige une formation (technique) laquelle vient de l'enseignement et

1. El Makrisi, op. cit., p. 71 — 72.

2. Sir Thomas Gresham, un banquier, commerçant et entrepreneur anglais, 1519—1579. "Cette loi se trouve déjà exposée par Aristophane, Oresme, N. (penseur scholastique, 1320 — 1382) et, à tout le moins, par quelques autres auteurs du XVI^e siècle". Dictionnaire des Sciences Economiques, Tome I, p. 588.

3. Il consacre aux problèmes économiques le chapitre V de son ouvrage, intitulé : Comment gagner sa vie : Le gain et les métiers. Discours sur l'histoire universelle, Al-Muqaddima, Librairie commerciale, Le Caire (en arabe), P. 380 — 429.

4. Les produits de "première nécessité : l'alimentation : le blé, l'orge, les fèves, les pois-chiches et autres comestibles, l'oignon et l'ail" se vendent sur le marché. Il y a aussi "les produits de luxe comme les condiments et les fruits" Ibid, p. 362 — 3.

ction et la reconstruction des rives des canaux d'irrigation augmentèrent¹. Tous ces facteurs avaient des effets défavorables sur la production agricole surtout dans une ambiance d'oppression et d'injustice de la part de l'administration, qui ont poussé les paysans à quitter la terre.²

3. Le facteur monétaire. El Makrisi trouve dans l'augmentation de la quantité de la monnaie en circulation, et surtout à propos d'une certaine sorte de monnaie métallique, une des causes de l'augmentation du niveau général des prix, puisqu'il parle de l'augmentation des prix de toutes les marchandises et de tous les services.³ Et en traitant de cette cause, El Makrisi donne une brève histoire de la monnaie en Egypte : de l'utilisation de la monnaie d'or (le dinar); de l'introduction, au dixième siècle, de la monnaie d'argent (le darhem) utilisée, au début, pour le paiement des dépenses quotidiennes des ménages, et ne recevant une acceptation générale qu'au treizième siècle⁴ de l'utilisation des marchandises autres que les métaux, dans les différentes régions de l'Egypte, pour régler le paiement des petites transactions ayant une valeur très minime; de l'introduction très timide au début, de la monnaie de cuivre (le fous) dans ces petites transactions, pour qu'elle devienne la monnaie dominante au treizième siècle⁵. C'est l'augmentation de la quantité de cette dernière monnaie, au détriment d'ailleurs de la monnaie d'or et d'argent, qui représente l'une des causes de l'augmentation des prix.

Ainsi, El Makrisi met en relief l'effet du facteur monétaire ou plus précisément la quantité de monnaie, sur l'ensemble de la vie économique; à travers son effet sur le niveau général des prix, représentant donc une anticipation de la théorie quantitative de la monnaie⁶. En

1. Ibid., p. 46.

2. Ibid., p. 44.

3. Ibid., p. 42.

4. Ibid., p. 64—66.

5. Ibid., p. 66—71.

6. Selon la formule plus élaborée de cette théorie, établie par Irving Fisher (économiste américain de l'Université de Yale, 1867—1947) qui introduit la monnaie scripturale et la vitesse de circulation, la théorie se présente comme une équation des échanges : $MV + M'V' = PT$, où M = quantité des espèces en métal et en billets; V = vitesse de circulation de ces espèces; M' = volume des dépôts bancaires; V' = vitesse de circulation de ces dépôts; P = prix moyen des transactions; T = volume des transactions. Cf. J. Marchal et J. Lecaillon, *Les Flux monétaires*, Editions Cujas, 1967, p. 678 et sqq.

commerçants moyens; les agriculteurs — et il distingue ici les agriculteurs riches des paysans—; les "pauvres" — la majorité des savants et des étudiants et les petits fonctionnaires; les artisans, les personnes des professions libérales et les salariés; et finalement les nécessiteux vivant de charité en marge de la société. Cela fait l'objet du troisième chapitre. Enfin, dans un quatrième chapitre, l'auteur suggère quelques remèdes pour sortir d'une telle situation et pour l'éviter dans le futur. Et ici il met l'accent sur la nécessité de s'attaquer au problème de la monnaie utilisée dans la vie économique. Quant au genre de la monnaie, il est pour une monnaie en 'or' et en 'argent', pas en autres métaux; et quant à la quantité de la masse monétaire, qu'elle ne soit pas exagérée et qu'il faut la réduire dans une telle situation.¹

S'intéressant aux problèmes économiques, El Makrizi avance des idées pénétrantes concernant les phénomènes monétaires. En décrivant les différentes famines vécues par l'Egypte, on voit clairement qu'il s'agit d'une situation caractérisée par une sous-production de valeur d'usage. Une telle sous-production est provoquée, toujours selon notre auteur, par des causes naturelles et autres. En traitant des causes des famines en général, El Makrizi parle des causes extra-économiques (naturelles : la défaillance du Nil en Egypte, le manque de pluie dans d'autres pays, les calamités naturelles)². Mais en ce qui concerne les famines de son époque, il existe des causes autres que les naturelles, à savoir :

1. La corruption de l'administration, un facteur qui produit un effet direct sur la production dans une société où l'Etat, et l'Etat centralisé, a toujours joué un rôle prépondérant³. A cette corruption, s'ajoute la pratique monopolistique de l'Etat. Pendant la famine, de grandes quantités de céréales se trouvaient entre les mains des "gens de l'Etat"⁴ grâce à l'imposition d'un taux très élevé, sans précédent, d'impôts en nature. Le public ne pouvait accéder à ces céréales qu'en payant les prix imposés par les "gens de l'Etat".

2. L'augmentation de la rente foncière ainsi que le prix des semences et les salaires des travailleurs agricoles (dont le nombre a beaucoup diminué)⁵. De plus, les heures corvéables pour la construc-

1. Cf. l'édition de Dar Ibn El Walid, Beyrouth, 1956.

2. El Makrizi, op. cit. p. 41.

3. Ibid, p. 43 — 45.

4. Ibid., p. 42.

5. Ibid., p. 42.

Au Moyen-Age, dans la société féodale européenne, c'est de la théologie qu'il faut démêler la pensée économique.¹

Dans l'empire de l'Islam, dans une société fondée sur la petite production marchande, c'est-à-dire dans une société où la production et l'échange des marchandises sont effectués par de petits producteurs indépendants possédant leurs moyens de production (à part la terre dans une grande mesure), à côté, bien entendu, d'une production de biens de subsistance; dans cette société, la pensée économique se trouve dans l'étude de l'histoire ou de la philosophie de l'histoire.

Traitant de cette pensée économique arabe, nous tâcherons de présenter la pensée économique de deux penseurs relative à deux phénomènes économiques :

- l'un appartient aux phénomènes monétaires, étudié par El Makrizi, et
- l'autre est le phénomène de la valeur, analysé — et nous disons bien analysé — par Ibn Khaldoun.

II

EL MAKRIZI, Taquî-el-din Ahmed Ben Ali, est un historien égyptien qui a vécu de 1346 à 1245. Dans un de ses ouvrages, "Ighassat al-ouma bikachf al ghouma : Tarij al majahat fi misr", rédigé à la suite d'une longue période de famine qui couvrit les années 1376—1388, El Makrizi traite de l'histoire des famines en Egypte. Il s'agit là d'une étude de la crise économique dans l'économie pré-capitaliste. Au point de vue méthodologique, la structure de l'ouvrage est très logique : le livre est présenté sous la forme de quatre chapitres; dans le premier, l'auteur nous offre un panorama historique des famines que l'Egypte a subies au cours de l'époque islamique. Ce chapitre a une nature descriptive. Dans le deuxième, l'auteur traite des causes des famines, en général, et de celles de son époque en particulier. Une fois les causes exposées, l'auteur montre les effets de la situation d'une crise sur le peuple en distinguant, dans la société égyptienne, sept catégories sociales : Les gens de l'Etat- c'est-à dire ceux qui occupent les postes-clés dans la hiérarchie administrative—, les commerçants riches et les gens aisés; les

1. C'est l'œuvre des scolastiques qui domine s'étendant sur plusieurs siècles. Cf. M. de Wulf, *An Introduction to Scholastic Philosophy*, Dover, Inc., New-York, 1956.

DE LA PENSÉE ÉCONOMIQUE ARABE AU QUATORZIÈME SIÈCLE

Dr. MOHAMED DOWIDAR*

I

Le lent processus, par lequel l'économie politique s'est assuré, en tant que science, une existence reconnue, a eu lieu au cours de la période s'étendant du dix-septième siècle jusqu'au milieu du dix-neuvième siècle. Bien avant le début de cette période, et avec l'essor du mode de production capitaliste, la pensée économique a été transformée par le chemin à la constitution de l'économie politique pendant la dite période. On peut donc associer la formation de notre science au mode de production capitaliste.

Mais à l'ère pré-capitaliste, une pensée économique, et non pas une science économique, existait. Au cours de cette ère, qui couvre, pour l'Europe, l'Antiquité et le Moyen-Age, cette pensée économique ne se distingue guère des autres formes de la pensée.

Dans les livres sacrés de l'Antiquité, il s'agit plutôt d'impressions relatives aux faits économiques de l'époque en question, d'expressions idéologiques qui n'ont rien à voir avec l'analyse scientifique.

Chez les Grecs. (surtout Platon, 427—347 avant J. C., et Aristote, 384—322 avant J.C.), la pensée économique se trouve au sein de la philosophie. Leur raisonnement économique est incorporé à leur philosophie générale de l'Etat et de la société qui est une société esclavagiste.¹

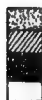
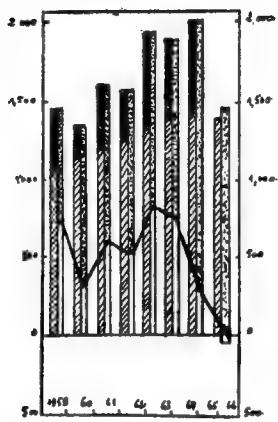
*Professeur adjoint d'économie politique à la Faculté de Droit d'Alexandrie.

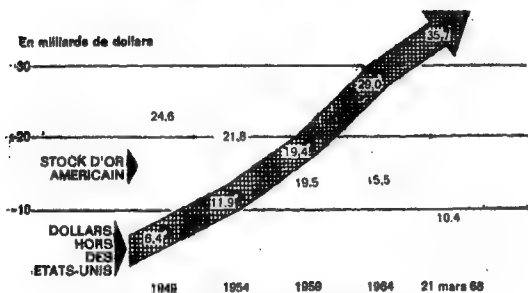
1. Cf. Platon, *The Republic* (H.D.F. Lee) The Penguin Classics, London; 1954.

Aristote, *La Politique* — Traduit par J. Tricot, Librairie Philosophique, J. Vrin, Paris, 1962.

Les Économiques, Même traducteur et même maison d'édition, 1958.

Éthique de Nicomache. Traduit par J. Voilquin, Flammarion, Paris, 1963.





LA CHUTE DU STOCK D'OR AMERICAIN
ET LA MONTÉE DES DOLLARS DÉTENUS A L'ÉTRANGER.

à la sauvegarde du système capitaliste accentuant ainsi la crise de l'économie américaine; c'est à dire celle qui mène les autres économies capitalistes.

Alger, 4 avril 1968.

REFERENCES

- R. Triffin, L'or et la crise du dollar. P.U.F. (Paris), 1962).
 - The World Money Maze. Yale University Press, New Haven & London, 1966.
- Problèmes de l'organisation monétaire internationale Ouvrage collectif, Editions Cerzas (Paris), 1964.
- E. Barnes, Money and Inflation Lawrence & Wishart, London, 1968.,
 - J. Lœuff, Le dossier de l'or et de la monnaie. Communauté Européenne, No 117, Avril 1968.

nomies sous-développées : les prix de leurs exportations baissent. Déjà l'an dernier le ralentissement du commerce mondial (dont l'expansion été limitée à 5% au lieu de 8% des années précédentes) a été le plus dramatique pour ces économies. Ce sont les économies sous-développées qui supportent, à la fin de compte, le gros lot des difficultés des économies capitalistes avancées. (Notons en passant que l'échec de la conférence de New-Delhi n'est pas étonnant, étant donné que l'attitude des dirigeants des pays sous-développés se base sur un désir de provoquer un dialogue avec les pays capitalistes avancés. Un dialogue ? Bon, personne n'est contre le dialogue. Mais le dialogue est condamné d'avance puisqu'une des deux parties, à savoir les dirigeants des pays sous-développés, ignorent la contradiction qui existe entre les deux catégories d'économies, et si elle ignore aussi que l'autre partie est assourdie par ses préoccupations concernant sa lutte dans deux fronts : contre le mouvement de la libération nationale, ainsi que contre ses propres problèmes économiques soit à l'intérieur de chaque économie capitaliste avancée, soit à l'échelle du marché capitaliste international).

Reste une dernière question qui est en quête d'une réponse dans quelle mesure, les décisions prises concernant la crise auront l'efficacité nécessaire à l'amélioration de la situation du dollar ? une réponse satisfaisante à cette question ne pourra être donnée qu'après un certain laps de temps. Mais, si l'on a recours à notre idée de base depuis laquelle nous sommes partis, à savoir que la situation de la monnaie reflète l'état de l'économie prise en considération, on peut dire que la valeur de ces décisions se réduit à donner aux responsables un peu de temps pour trouver la solution. Les Etats Unis veulent après tout regagner la confiance perdue dans le dollar. Pour y arrive, il faut qu'ils prennent des mesures radicales relatives à la situation interne de l'économie américaine, ainsi qu'à ses obligations vis-à-vis de l'étranger. Mais, les dirigeants américains se heurtent à l'ensemble des contradictions que dévoile la "crise du système monétaire international" en tant que reflet de la crise de l'économie capitaliste internationale : les contradictions entre les économies capitalistes avancées, les contradictions entre ces économies et les économies sous-développées, et surtout la contradiction dans laquelle se trouvent saisis les Etats-Unis à savoir : ou bien se replier pour remédier à leur situation économique, et lâcher ainsi du terrain aux mouvements de libération nationale et à la construction des nouvelles sociétés socialistes (ce qui amène, en fin de compte, à l'affaiblissement du système capitaliste international), ou bien poursuivre leur politique actuelle qui consiste à prendre des mesures qu'ils estiment nécessaires

Dans cette situation de crise, *l'économie française* n'est pas invulnérable malgré les réserves d'or ayant la valeur de 5234 millions de dollars que la France a accumulé.

(Depuis la dévaluation du franc en 1958, la France accumule des devises essentiellement en dollar. En Janvier 1965, elle demande à Washington de convertir en or 140 millions de dollars-papier. Depuis elle a de bonnes réserves d'or). L'économie française témoigne cette année d'un mouvement vers un déficit dans la balance des paiements (causé principalement par le déficit de la balance du commerce et surtout le commerce des industries mécaniques, dont le déficit a dépassé un milliard de francs en 1966 et 1967, (Les Echos, Quotidien Economique, 25. Mars 1968), et le chômage a continué de croître (Les Echos, 15 Mars. 1968.

Sur le plan monétaire, les Etats-Unis peuvent juger que coupant secrètement (par leur accord avec les pays du pool de l'or) les liens du dollar et de l'or, ils réussiront à déprécier l'or et, pour ce faire, à coïncider le principal grand pays partisan de l'étalon-or, et surtout la France. Mettre la France en position difficile ? Certes car elle risque d'accumuler des dollars par suite des achats d'or qui auront lieu sur le marché libre de Paris et de se voir refuser l'échange de ces dollars par les Etats-Unis. Dans un tel cas, c'est la France qui devient le principal soutien d'un déficit américain éventuellement prolongé ou bien alors le gouvernement Français est amené, pour ne pas avoir à acquérir des dollars, à ne plus soutenir son prix plancher, de telle sorte, qu'il vaille mieux, pour les détenteurs, aller les vendre ailleurs. Mais c'est de fait une réévaluation déguisée du franc dont souffriraient l'économie et plus particulièrement, les exportations.

Quant aux *economies dites sous-developpees*, l'effet défavorable de cette crise est multiple :

— pour celles qui avaient des réserves en livre sterling, elles voyaient diminuer la valeur de leurs réserves par rapport aux autres monnaies

— la sur-évaluation du dollar signifie qu'elles achètent plus cher qu'il ne le faut quand il s'agit de leurs importations des Etats-Unis.

— le ralentissement du commerce mondial dans une situation de crise, signifie une demande relativement limitée pour les produits des éco-

— d'autre part, ils ont décrété qu'ils ne donneraient pas de l'or contre des dollars aux pays suspects d'utiliser le métal fin pour approvisionner les marchés libres.

Les significations de ces décisions sont les suivantes :

1. Elles reviennent, d'abord, à une quasi suppression de la libre convertibilité du dollar; autrement dit, elles reviennent à couper, secrètement, sinon officiellement, les liens du dollar et de l'or, puisque :

— les banques centrales des pays du pool de l'or se seraient engagées à ne plus convertir leurs dollars en or (notons ici que ces six pays reprennent en gros le groupe des pays créditeurs des Etats-Unis),

— les banques centrales qui ne font pas partie du pool de l'or devraient, si elles demandaient du métal précieux à la Trésorerie américaine, donner, d'une façon ou d'une autre, l'assurance qu'elles ne l'utiliseront pas pour des buts monétaires. Autrement dit, elles pourraient être passibles d'un contrôle sur l'utilisation éventuelle de leur or, contrôle qui pourrait sembler contraire à l'indépendance nationale, même à un pays peu susceptible sur le plan de la souveraineté.

C'est un quasi embargo de l'or que les Etats-Unis imposent.

2. En introduisant les deux marchés de l'or, le problème alors ne sera plus celui du "prix de l'or" fixé arbitrairement, mais celui de l'étanchéité des deux circuits à prix différents. Ici la tentation sera grande, pour toutes les instances intéressées, d'acheter avec la discrétion qu'ils'impose à 35 et de vendre à 50 dollars ou plus. Comment endiguer ces fuites? Le quasi embargo de l'or imposé par les Etats-Unis vise, en effet, à stopper, préalablement, cet effet de l'existence des deux marchés.

Ainsi, les Etats Unis réussissent à garantir que les pays du pool de l'or participent aux charges du déficit de la balance américaine des paiements. Ce qui signifie qu'ils supportent une partie des charges de la guerre du Vietnam (reste à savoir après analyse des conditions internes de chacun de ces pays de montrer quelle classe sociale supporte, à la fin de compte, la part de ces charges).

En plus, les décisions prises ne passent pas sans influencer les autres pays en dehors des pays qui participaient au pool de l'or, à savoir, la France et les pays sous-développés.

Il s'agit là de la possibilité d'une sorte de monnaie fiduciaire mondiale émise par le F.M.I.

3. La France proposait, et propose toujours, un changement du système monétaire international : les échanges internationaux doivent s'établir sur une base monétaire qui ne porte pas la marque d'aucun pays en particulier : l'or doit remplacer le dollar. Mais aucune de ces possibilités n'était adoptée dans les décisions des gouverneurs des banques centrales des pays du pool de l'or convoqués à Washington. Parce que leur propos n'était pas de trouver une solution au problème du système monétaire international. Ils étaient là-bas pour prendre les mesures d'urgence qui peuvent sauver le dollar. Et les mesures idéales seront celles qui peuvent faire continuer les affaires comme si rien n'était arrivé.

Les gouverneurs convoqués ont décidé que les mesures soient les suivantes :

1. Le F.M.I. est l'organe chargé de toutes les questions monétaires en ce qui concerne le commerce extérieur du monde non-socialiste. Longtemps, il a contribué à financer les déficits des pays européens. Ayant versé les quotes-parts les plus importantes, Anglais et Américains, y ont une influence décisive. Le Fonds offre des facilités automatiques pour les petites difficultés. En cas de graves difficultés, il examine les situations et exige des plans de redressement sérieux.

- a) laisser le marché de l'or de Londres fermé jusqu'au premier Avril.
- b) mettre fin au pool de l'or qu'on visait à maintenir le prix du marché à la parité du dollar, et
- c) créer, en théorie au moins, deux marchés :

— l'un pour les seules banques centrales (dans lequel les Etats-Unis seront tenus à fournir l'or dollars l'once), c'est-à-dire au cours inchangé de 35 dollars. l'once),

— l'autre, où le prix du métal variera en fonction des fluctuations de l'offre et de la demande, sera pour les spéculateurs et les utilisateurs industriels.

Le problème alors ne sera plus celui du "prix de l'or". On apprend ensuite (le 20 Mars) que les Etats-Unis ont :

— d'une part, obtenu des six pays représentés à Washington les 16 et 17 Mars qu'ils renoncent volontairement à échanger leurs dollars contre l'or,

individus, ce qui amène la diminution de la demande monétaire à l'intérieur des Etats Unis). En même temps, les gouverneurs des banques centrales des pays du pool de l'or sont convoqués à Washington pour se réunir le 16 et le 17 mars à la recherche d'une solution.

III

Convoqués le Samedi et la Dimanche 16 et 17 Mars à Washington les gouverneurs des banques centrales des pays du pool de l'or (La France qui s'était retirée du pool n'avait pas été invitée) ont pris des décisions. Avant de voir ces décisions et de les discuter, voyons quelles sont les propositions qui étaient suggérées comme possibilités, au moins théoriques, d'une issue de l'impasse monétaire :

1. il y avait d'abord la possibilité de dévaluer le dollar, une monnaie sur-évaluée depuis le début des années soixante, la possibilité de réévaluer le prix de l'or : si chaque once d'or représente non plus 35 dollars mais, disons, 70, il y a deux fois plus de valeur-or dans les caisses des banques centrales pour régler les soldes du commerce entre les pays. Il faut selon cette possibilité, au moins, porter le prix officiel de l'or au niveau du marché libre.

Mais, pour les Etats-Unis, doubler le prix de l'or, c'est avouer que leur monnaie (la monnaie de l'économie la plus puissante) est dépréciée par rapport à l'or. C'est faire un formidable cadeau à l'Afrique du Sud, à l'Union Soviétique, dont les réserves sont inconnues mais sans doute considérables; à la France, qui a accumulé le plus gros tas d'or du monde capitaliste après les Etats-unis (une France qui a accumulé l'or sans faire de sa monnaie, le franc une monnaie de réserve). En plus, une dévaluation du dollar entraînerait la dévaluation de la plupart des monnaies du monde non-socialiste, y compris le franc français. Elle provoquerait des vagues successives de mesures protectionnistes. Ce qui diminuerait le volume du commerce extérieur avec les effets de déflation et de chômage qu'une telle diminution cause dans les économies capitalistes.

2. Comme rallonge au dollar, maintenant insuffisant pour régler le commerce entre les pays, on a proposé les nouveaux "droits de tirage" sur le Fonds Monétaire International (F. M. I.), c'est-à-dire des crédits déjà approuvés en principe à Rio de Janeiro, en Septembre 1976. (+).

— économies sur les dépenses administratives à l'étranger (une mesure qui a été exécutée dernièrement, fin mars, par la diminution de 12 % du nombre des fonctionnaires américains en poste à l'étranger.

Une telle diminution pourrait atteindre 24 % de l'effet à l'étranger. Le gouvernement américain se propose aussi la diminution du nombre de travailleurs étrangers qu'il emploie sous contrat en dehors des Etats Unis).

La plupart de ces projets demandaient, pour être appliqués, l'aboutissement positif de longues procédures parlementaires,

A part cela la politique des Etats Unis définie au début de l'année est que "le dollar restera convertible en or à 35 dollars l'once et que la totalité du stock d'or soutiendra cet engagement". Et la dévaluation du dollar ?

Les Américains n'en veulent pas. Ils ont affirmé de toutes leurs forces qu'ils ne le feraient jamais, la situation du dollar continue à se détériorer. Le "pool de l'or" perd toujours de l'or.

Cependant, la cause principale des difficultés de la balance américaine des paiements, continue : la guerre du Vietnam. Ensuite vient l'offensive générale du P.N.L au cours du mois de février, et les demandes de renfort qui provoquent une véritable fièvre : la panique commence à la fin de Février Une panique qui se manifeste dans l'achat de l'or, des actions des mines d'or, et aussi d'autres métaux précieux : argent (en l'espace de deux jours l'argent a augmenté de plus de 12,5 %) platine, palladium, ainsi que des matières premières. La spéculation a atteint sur le marché de l'or de Londres une intensité comparable à celle de Novembre 1967, le bruit courant à la City que l'Afrique du Sud pourrait suspendre ses ventes d'or.

Cette fièvre qui continuait au cours des deux premières semaines de Mars prouve que la confiance dans le dollar des Etats Unis est sérieusement ébranlée. (Les déclarations de la Maison Blanche sur le maintien du prix américain de l'or à 35 dollars l'once n'ont apporté aucun soulagement au dollar). Et la nuit du 14 au 15 Mars, Washington demande à Londres la prise des mesures d'urgence : le marché Londonien de l'or restera fermé; le taux d'escompte américain est porté de 4,5 % à 5 % (une mesure qui vise à diminuer le pouvoir d'achat à la disposition des

dire, lorsque la demande des particuliers excède l'offre. Les banques centrales puisent l'or dans leurs coffres et le vendent pour empêcher l'emballement des prix au-delà de 35 dollars l'once. Dans les cas contraires, en période de calme, elles achètent de l'or et le répartissent entre elles.

Le système a bien fonctionné tant que la demande privée a été inférieure à la production mondiale. Puisqu'il fallait passer par le pool de l'or pour écouler une part de ce qui était offert, celui-ci continuait à imposer son prix. Mais depuis 1965, la demande non-monnaétaire d'or — émanant non des banques centrales, mais des particuliers — a dépassé l'offre. Depuis lors, les membres du pool de l'or ne cessent plus de vendre de l'or.

L'OR ACQUIS PAR LES BANQUES CENTRALES L'OR ACQUIS PAR LES BANQUES CENTRALES DIMINUAIT DEPUIS QUATRE ANS

Après l'aggravation de la situation de la livre sterling, qui se trouvait aux premières lignes lors de l'attaque contre le dollar, et sa dévaluation (de 14, 3 %) en 18 Novembre 1967 (une dévaluation qui a entraîné la dévaluation de quatorze autres monnaies) ont laissé le dollar bien exposé. Du 22 au 24 Novembre on entregistre des achats croissants d'or sur les marchés européens : Londres, Zurich, Paris.

Le fait qu'une partie des sommes qui étaient placées en livres sterling et qui ont subi la dévaluation de la livre est venu se placer sur le marché de l'or a aggravé encore la situation. La spéculation sur l'or reprend.

Le premier Janvier 1968, le Président des Etats Unis annonce une série de mesures visant à redresser la balance américaine des paiements :

— suppression de la couverture-or de la monnaie fiduciaire américaine, une couverture qui bloquait jusqu'au 19 Mars 1968 (la loi a été votée par le Sénat le 14/3/1968 et signée par le Président 4 jours plus tard) 10,400 milliards de dollars de métal fin sur les 11,600 milliards détenus dans les réserves U.S avant l'effectuation d'une telle mesure.

- relèvement de 10 % des impôts.
- limitation des investissements à l'étranger.
- réduction des dépenses des touristes à l'étranger.
- restriction sur les prêts bancaires à l'étranger.

ments de capitaux des Etats Unis vers l'Europe où les taux sont plus rémunérateurs.

Avec le déficit de la balance des paiements et la permanence de celui-ci, les dollars s'accumulèrent dans les pays de l'Europe Occidentale (dans les banques centrales, comme monnaie de réserve, dans les entreprises, chez les individus). Et l'ensemble des dollars en circulation et en réserve s'accroît et dépasse le stock de l'or détenu par les Etats Unis autrement dit, les dollars en circulation ou en réserve, donc les dettes à court terme des Etats Unis, ne sont plus couverts par les réserves de ce pays représentées presque uniquement par son stock d'or ... D'où la méfiance envers le dollar. (I).

La méfiance envers une monnaie se manifeste de façon précise : les détenteurs de cette monnaie jugée mauvaise s'en débarrassent contre d'autres jugées plus saines. Si l'on doute de toutes les monnaies, ce procédé n'est plus possible, et c'est alors que les détenteurs de devises s'orientent vers la seule monnaie acceptable à leurs yeux, celle qui possède de la valeur l'or et, accessoirement, les autres métaux précieux et les matières premières.

Avec l'augmentation des réserves en dollars en dehors des Etats Unis l'or a commencé à quitter les Etats Unis. (une grande partie des réserves en dollars est convertie en or sur le marché de Londres). C'est à partir de 1960 que l'ensemble des dollars en dehors des Etats Unis dépasse le stock d'or de ce pays. D'où le "rush for the gold" la ruée sur l'or. Le prix de l'or a monté à 40 dollars l'once. *Dès 1960, le dollar est sur-value.* de dollars en 1949 (les 2/3 de l'or dans le monde non-socialiste) à 18,7 milliards de dollars en 1960, et afin de régulariser le marché de Londres, les Etats Unis ont proposé la création du "pool de l'or", qui a été constitué en été 1961. Il comprend l'Allemagne fédérale, la France (qui se retire plus tard), la Suisse, la Belgique, les Etats Unis, l'Italie, les Pays Bas, le Royaume Uni. La banque de Réserve fédérale de New York se réserve la montre du pool ainsi formé, les autres banques centrales se partageant l'autre moitié des responsabilités.

Depuis lors et jusqu'au 17 Mars 1968 le pool est tantôt vendeur, tantôt acheteur d'or : au prix de 35 dollars l'once. Lorsque sur les marchés de Paris, de Zurich ou de Francfort, les acheteurs d'or (industriels, joailliers, dentistes ou spéculateurs) sont plus nombreux que les vendeurs (producteurs : Afrique du Sud, URSS, etc ... c'est-à-

A côté de l'or, maintenu artificiellement à un cours très bas, puisqu'il est la seule marchandise dont le prix n'ait pas bougé depuis 1934, alors que tout le reste a en moyenne doublé on se sert de plus en plus comme monnaie internationale de livres et de dollars fournis par les déficits constants de la Grande-Bretagne et des Etats Unis. On appelle cela l'étalon or de changes, Ces deux grandes monnaies à l'origine tenues pour équivalents de l'or puisqu'il était possible de les convertir en or sur demande.

Sorties affaiblies de la deuxième guerre mondiale les anciennes sociétés capitalistes d'Europe, face à un considérable besoin de reconstruction de leur économie, se trouvaient placées dans une situation particulièrement difficile.

— il fallait importer pour procéder à la remise en route de leur économie et c'est l'économie américaine qui était capable de leur vendre.

— les moyens monétaires, sous forme d'or, étaient totalement insuffisants. Les banques centrales pensent, selon les règles du système monétaire international fixées à Bretton Woods (en 1944), garder dans leurs réserves des devises étrangères à côté de l'or

Avec la possibilité de détenir dans les réserves des banques centrales des devises étrangères à côté de l'or, c'est le dollar qui, bien entendu, a tenu ce rôle de première monnaie de réserve (les Etats Unis sont capables de fournir et le marché capitaliste leur est, à ce moment là, entièrement ouvert) le dollar devient très vite la monnaie la plus recherchée.

Dans un premier temps l'or, lui-même, n'a plus de rôle prédominant. Son prix est garanti par les Etats Unis qui se sont engagés à l'acheter et à le vendre sur la base de 35 dollars l'once. Dans les économies capitalistes d'Europe, le dollar est la référence aux parties monétaires. Pour les banques centrales posséder le dollar signifie possibilité de commerce avec l'extérieur, sans restriction. Il est donc normal que, possédant un tel pouvoir, le dollar ait été la première devise à s'accumuler dans les comptes des banques centrales à titre de réserve.

Lorsque sa propre devise est acceptée sans réserve, la tentation de se servir de cet instrument facile est très forte. Le dollar, devise à très fort pouvoir d'achat lorsqu'il est converti en devises étrangères, a entraîné des dépenses de la part des entreprises et des individus américains (investissement plus tourisme). Il a entraîné également des prêts, des mouve-

— il existe en plus la contradiction interne de l'économie américaine et qui rend la demande relativement insuffisante surtout en ce qui concerne une grande proportion des couches sociales modestes qui englobe la majorité des noirs.

— il existe, enfin, la contradiction au sein même du capital américain, étant donné qu'un nombre d'entreprises bénéficient de la guerre, alors qu'un autre nombre souffre du déficit de la balance des paiements, qui provoque davantage d'intervention de la part de l'Etat dans l'intérêt du premier groupe.

Ces deux derniers facteurs n'ont pas un effet direct sur la balance des paiements. Ils contribuent à rendre l'appareil productif incapable de faire face aux obligations du pays vis-à-vis de l'étranger, c'est-à-dire, aux obligations résultant de la politique internationale de la partie dominante du capital.

Résultat : un déficit de la balance des paiements qui s'aggrave de plus en plus; l'accumulation des dollars provenant de ce déficit; une offre plus grande. Pour empêcher la détérioration de la situation du dollar le gouvernement des Etats Unis vend l'or pour le dollar au prix qu'il a toujours maintenu depuis 1934 : 35 dollars l'once. Son stock d'or s'en va. Mais le gouvernement insiste à ne pas reconsidérer la valeur de sa monnaie par rapport à l'or, puisqu'une telle reconsidération signifie l'incapacité de l'économie de faire face aux obligations vis-à-vis de l'étranger, surtout qu'il s'agit de la monnaie de réserve, la monnaie qui occupait, dans le système monétaire international, la place toute privilégiée. Cela nous amène aux aspects monétaires du problème.

Les échanges internationaux ne cessent pas de croître en volume. Chaque pays a besoin de conserver en réserve, pour parer aux fluctuations possibles de ses rentrées, la valeur de quelques mois d'importations, disons de quatre à six. Donc, le besoin de monnaie en réserve internationale augmente avec le volume de commerce international.

La base du système monétaire international, la production d'or, ne se développe pas du tout au même rythme. (Quand il n'y a pas assez de monnaie pour régler le solde du commerce extérieur, les taux d'intérêt augmentent. Les pays en état de difficulté de balance de paiements prennent des mesures restrictives. C'est ainsi que petit à petit peut se déclencher une crise internationale. D'où la nécessité d'une monnaie qui peut servir, avec l'or, d'une monnaie internationale.

— l'investissement des capitaux à l'étranger, et surtout, en Europe occidentale.

— l'émission des obligations sur la place de New-York qui devenait le centre des banquiers du monde, où les emprunteurs trouvent les fonds à long terme (de 5 à 20 ans).

— les prêts de dollars en dépôt (court terme) sur les places étrangères, surtout en Europe, où les taux élevés d'intérêt sont d'un attrait évident pour les possesseurs de capitaux américains.

A partir de 1961, les Américains se lancèrent dans une politique expansionniste par réduction d'impôts qui faisaient merveille mais qui déséquilibrent profondément leur balance des paiements. C'est à partir de 1965, avec l'engagement direct des Etats Unis dans la guerre du Vietnam, que la situation s'aggrave. La guerre est financée par la méthode du "déficit — financing", déficit budgétaire. Les prix augmentent à un taux élevé (3,5% par an). Le déficit de la balance des paiements devient de plus en plus alarmant. S'il diminua en 1966, il augmenta de nouveau en 1967 : près de 4 milliards de dollars.

L'accroissement des obligations des Etats Unis vis-à-vis de l'étranger se base sur une foi, de la part des dirigeants américains, dans la capacité illimitée de l'économie américaine; une capacité qui leur permet de faire tout ce qu'ils veulent. Combien de fois Mr. Johnson s'est juré de mener la guerre du Vietnam en même temps qu'il poursuivait son programme de "grande société", c'est-à-dire, de lutte contre la pauvreté aux Etats Unis (où 25,5% des familles reçoivent un revenu annuel moins que le revenu considéré comme le minimum vital dans les conditions de la société américaine). Une telle foi ignore les contradictions du système capitaliste international aussi bien que les contradictions de l'économie américaine elle-même :

— il y a d'abord la concurrence entre les économies capitalistes. Le marché capitaliste n'est plus entièrement ouvert aux exportations américaines.

— il y a aussi le fait que la diminution de l'aide américaine fait diminuer la demande sur les produits américains (d'abord par le montant de l'aide elle-même, et en plus, par le montant de la demande qui accompagne la demande résultant de l'aide).

— d'autre part, à la répugnance, produite sous l'effet de l'analyse keynésienne, des autorités monétaires à reconsidérer la valeur de leur monnaie,

Quant à l'*économie des Etats Unis*, il s'agit d'une économie puissante si on la considère d'une manière absolue et en faisant abstraction de ses contradictions. En effet, cette économie ne se développe pas à un *taux qui tient tête à l'accroissement des obligations des Etats Unis vis-à-vis de l'étranger*. (Le taux moyen annuel du développement industriel est de l'ordre de 3,3 % pour la période de 1913 — 1958. Et le taux moyen annuel du développement du produit social brut ne dépasse pas, depuis 1945, 2 %).

Durant les premières années qui ont suivi la fin de la deuxième guerre mondiale le solde net de la balance des paiements est excédentaire, grâce à la nécessité d'importer des nations européennes qui se reconstruisent après la guerre. Les réserves des Etats Unis atteignent leur plus haut niveau en 1949. Puis la balance nette devient légèrement déficitaire. A partir de 1955, le déficit s'inscrit par milliards de dollars et la situation se reproduit chaque année avec un déficit moyen de l'ordre de 2 à 3 milliards de dollars.

La balance de commerce (la différence entre la valeur des exportation et des importations) montre, en moyenne, un excédent important, elle a tendance à être de moins en moins excédentaire (au cours de la période allant du 1er Octobre 1967 au 31 Janvier 1968, les exportations n'ont augmenté que de 1 % par rapport aux quatre mois précédents, alors que les importations ont progressé de 11 %). Les exportations américaines deviennent plus chères (les prix augmentant au cours de ces dernières années à un taux moyen de 3,5 % par an). Mais la solde des autres postes de la balance des paiements (à savoir, la balance des capitaux et le reste de postes) montre un déficit de plus en plus important. Le balance nette est déficitaire. Ce qui signifie que les pays capitalistes d'Europe (où les entreprises sont achetées par le capital américain), accumulent les dollars provenant de ces déficits. (et quand la méfiance règne, on se débarrasse du dollar en achetant de l'or, d'autres métaux précieux et des matières premières).

Les causes du déficit sont :

— les dépenses militaires à l'étranger : bases militaires, aides militaires, guerre (la guerre de Corée et du Vietnam).

Que les obligations du pays vis-à-vis de l'étranger dépassent ses revenus de l'étranger signifie l'incapacité de l'appareil productif de faire face à ces obligations. Ce qui reflète dans un déficit de la balance des paiements (qui montre les relations de l'économie nationale avec le reste de l'économie mondiale). L'offre de la monnaie du pays (qui cherche à acheter d'autres monnaies pour payer ses créanciers), excède la demande; sa valeur baisse. Si malgré cela elle continue à avoir la même parité, la monnaie est sur-évaluée.

Quand le déficit de la balance des paiements devient chronique comme c'est le cas de l'économie britannique — il sera difficile de la combler qu'à partir des mesures radicales qui amènent ou bien une diminution des obligations vis-à-vis de l'étranger, ou bien une augmentation des revenus venant de l'étranger (principalement par l'expansion d'exportations), ou bien les deux ensemble. Si pour l'économie britannique il est relativement difficile de limiter les importations, le chemin principal vers un redressement de la balance des paiements sera l'expansion des exportations. Pour exporter davantage il faut vendre moins cher. Dans une économie où le coût de production est relativement élevé et dont la monnaie est sur-évaluée, il faut le recours à la dévaluation de la monnaie, ainsi qu'à d'autres mesures pour combattre les tendances inflationnistes. Dévaluer la monnaie, en l'occurrence la livre sterling, c'est augmenter le nombre d'unités de sterling achetées par une seule unité de la monnaie du pays qui achète les exportations britanniques. Ce qui signifie que ces exportations deviennent, dans l'absence d'une montée des prix à l'intérieur de l'économie britannique, moins chers et plus demandés.

(Le résultat final dépend des réactions des autres pays en ce qui concerne la parité de leurs monnaies et les mesures relatives à leur commerce extérieur).

Malgré l'incapacité relative de l'appareil productif et par conséquent la détérioration de la situation du sterling, le gouvernement repousse la dévaluation, et quand il sera obligé de la faire, il la fait timidement. Cela est à attribuer :

— d'abord à la situation particulière de la livre sterling en tant que monnaie de réserve et le rôle qu'elle jouait, et joue encore, en tant que telle, dans le système monétaire international (nous reviendrons d'ailleurs sur ce point), et

concurrence de la part des industries locales, ou bien ils en sont plus ou moins éloignés, comme c'est le cas des pays du Marché Commun.

— le marché dans les pays du Tiers-Monde. Ce marché devient limité (pour les biens de consommation durables) des que les gouvernements qui s'engagent à suivre une politique de développement économique, mettent des restrictions sur l'importation de ces biens. Ce qui est normal dans une situation de manque des devises étrangères, la priorité devant être donnée aux biens de production et aux biens de la consommation nécessaire.

D'autre part, il existe des facteurs qui limitent les droits de l'économie britannique vis-à-vis de l'étranger. Londres ne représente plus le centre de l'économie capitaliste comme elle l'était à l'ère où l'économie capitaliste faisait le système mondial. Les flux de capitaux ne s'orientent plus vers Londres dans leur course normale. Londres ne rend plus aux transactions internationales la quantité des services (transport, assurance, ect...) qu'elle leur rendait jadis. D'où des revenus plus limités. En plus, la diminution des capitaux britanniques à l'étranger a limité le flux des profits et des bénéfices que Londres reçoit de l'étranger.

Résultat : limitation des avoirs, des droits vis-à-vis de l'étranger.

En même temps les obligations vers l'étranger sont difficilement compressibles :

Il y a d'abord les importations qui sont difficiles à limiter. L'économie britannique dépend, dans une grande mesure, de l'étranger en ce qui concerne les produits alimentaires et les matières premières. Limiter l'importation de ces produits signifierait la hausse de leurs prix avec les effets néfastes qu'elles produisent sur le niveau général des prix et les revendications ouvrières. L'augmentation des salaires ainsi que celle des prix des matières premières se traduit, sauf dans le cas d'un développement rapide de la productivité, dans une augmentation des prix des exportations.

De plus, le gouvernement britannique a ses obligations militaires à l'étranger (surtout à l'est de Suez et en Europe Occidentale), des obligations qui n'ont pas cessé de s'accroître depuis la deuxième guerre mondiale. Ces obligations se traduisent en dépenses à l'étranger. Ajoutons que la Bretagne fournit à certains pays du Commonwealth quelques aides économiques.

peu près le taux annuel. Au cours de ces trois dernières années, et surtout en 1966 et 1967, l'économie a témoigné d'une chute d'investissement à peu près régulière. Il s'agit d'une économie dont l'appareil productif souffre d'une rigidité relative, d'un faible changement technologique d'où un taux bas de l'accroissement de la productivité.

Il en résulte une structure économique qui s'adapte difficilement aux changements des conditions du marché international. Ce qui représente une difficulté principale pour une économie "foreign trade oriented" (1).

Cela signifie un coût de production plus élevé que celui des autres économies capitalistes avancées, Il existe d'autres facteurs qui contribuent à l'augmentation du coût de production. Parmi lesquels figure l'organisation syndicale des ouvriers britanniques leur garantissant un certain niveau de salaires. (Notons que le gouvernement Labour a instauré un blocage général des salaires pendant le second semestre de 1966. Le gouvernement s'efforce ces jours-ci d'institutionnaliser la présence de l'Etat dans les négociations salariales entre travailleurs et employeurs). Le résultat : les prix des produits à exporter deviennent plus élevés par rapport aux prix des exportations d'autres économies comme l'économie de l'Allemagne Fédérale, par exemple; une capacité de concurrence relativement limitée; ou une expansion très limitée des exportations britanniques.

Il existe un autre facteur qui limite les exportations : une grande partie d'exportations prend la forme des biens de consommation durables :

automobiles, réfrigérateurs, machines à laver, appareils télévisonniques, etc ... Ces marchandises peuvent être écoulées sur trois marchés :

— le marché intérieur, dont les conditions ne nous retiendrons pas dans ce contexte.

— le marché des autres pays occidentaux où le niveau de vie permet la consommation considérable de ces marchandises. Sur ce marché, les produits britanniques se trouvent ou bien en face d'une forte

(1) une économie orientée vers le marché international, où le secteur de commerce extérieur acquiert un poids relatif, par rapport aux branches produisant pour le marché intérieur.

autorités monétaires dans les économies capitalistes avancées une répugnance vis-à-vis de la reconsidération de la valeur de leurs monnaies chaque fois que l'exige la situation de leurs économies nationales.

3. Nous avons enfin la troisième idée selon laquelle aucune économie nationale n'est assez puissante pour permettre à ses dirigeants de faire ce qu'ils veulent faire d'une manière volontariste, dans la société internationale. Cela s'applique aussi bien à l'économie des Etats Unis idolâtrée par certains, mais bien vulnérable en raison de la force de ses contradictions internes et de ses contradictions avec les autres économies capitalistes avancées, aussi bien qu'aux économies sous-développées.

. En nous servant de ces idées de base nous tâcherons :

— d'abord, de mettre en relief le problème des économies britanniques et américaines en mettant l'accent sur les aspects réels de ce problème.

— ensuite, de traiter les aspects monétaires du problème (et nous avons à faire ici avec le côté international de ces aspects), pour parvenir à la situation très critique qui s'est manifestée au cours de mars dernier, et

— de montrer enfin, les décisions et les mesures prises en discutant leur efficacité et leurs effets.

I

Sous l'angle de ses aspects réels le problème peut être présenté de la manière suivante : malgré l'incapacité des économies britannique et américaine par rapport aux obligations de ces deux pays vis-à-vis de l'étranger, les autorités monétaires insistent à maintenir pour leurs monnaies une valeur officielle plus élevée que la valeur que leur permet l'appareil productif et ses capacités dans chacun de ces deux pays.

Prenons d'abord l'économie britannique. Il s'agit là d'une économie très souvent qualifiée "d'économie vieille". Certains parlent même d'une "crise de décroissance" que subit l'économie britannique. Le taux moyen annuel de développement industriel est de l'ordre de 2,2% pour la période 1913 — 1958. Au cours des trois dernières années la production nationale brute avait augmenté dans les proportions de 3,1% en 1965, 1,7% en 1966 et 1,6% en 1967. Ce dernier taux représente à

CRISE DU DOLLAR OU CRISE DE L'ECONOMIE CAPITALISTE INTERNATIONALE**

Reflexions Sur Une Crise

Dr. MOHAMED DOWIDAR*

Trois idées de base nous aiderons à comprendre la nature de la crise dite du dollar, à savoir :

1. nous avons d'abord le principe selon lequel la situation de la monnaie reflète l'état de l'économie nationale, soit en ce qui concerne ses conditions internes, soit par rapport à ses relations avec les autres économies nationales. Ce principe repose sur une vérité bien claire : que l'homme produit afin de satisfaire ses besoins. Ce sont les biens et les services qui les satisfont. Quant à la monnaie, elle ne satisfait, en elle-même, aucun besoin. Elle joue en principe le rôle du moyen d'échange. Il est vrai qu'elle présente au capital une des formes qu'il revêt dans le processus de sa circulation : le capital-argent. Mais cela n'affecte nullement cette vérité : que le but final est les biens et les services, et que plus élevée est la productivité de travail, plus grande sera la capacité de l'économie nationale à concourir sur le marché international, et par conséquent plus sera demandée sa monnaie pour le paiement des valeurs de ses exportations. L'or même n'est utilisé comme monnaie que pour les règlements et les financements du solde du commerce extérieur.

2. nous avons ensuite l'idée que les attitudes des autorités monétaires envers les problèmes du système monétaire international n'ont pas échappé à l'influence de l'analyse keynésienne (rappelons que J.M. Keynes était le principal architecte du système de Bretton Woods en 1944) qui met trop d'accent sur les aspects monétaires de l'activité économique au prix d'une négligence relative de ses aspects réels. Cette sorte de sur-estimation de l'importance des aspects monétaires a créé chez les

* Professeur Adjoint à la Faculté de Droit d'Alexandrie.

** Ce manuscrit a été remis à l'éditeur en avril 1968.

CONCLUSION

41. Le droit administratif et la science administrative, disciplines indépendantes dans leurs recherches, coopèrent pour étudier l'administration publique et rationaliser juridiquement et scientifiquement sa mission.

Dans sa conduite, l'administration essaie de concilier la légalité et l'efficacité de ses actes. Or, la légalité et l'efficacité ne sont pas toujours en harmonie. Le procédé le plus efficace ne s'accorde pas nécessairement au droit, de même que le juridique peut être peu efficace. C'est pourquoi le droit administratif, sans rejeter ses valeurs et ses conceptions propres devrait s'adapter autant que possible aux principes de la science administrative, afin d'unifier la légalité et l'efficacité et ainsi aider l'administration à remplir parfaitement sa fonction.

42. Le système administratif devrait être périodiquement réexaminé pour vérifier sa conformité avec les principes de la bonne administration et profiter du progrès acquis aussi bien dans le domaine juridique que dans le domaine de la science administrative. La réforme sera sûre et claire si le régime repose sur de fausses conceptions. Mais la révision des systèmes modernes, déjà assis sur des principes valides et reconnus est aussi conseillée, sans pour autant compromettre ceux-ci, ou diminuer leur valeur. Même en sciences physiques les systèmes et appareils créés à partir d'un principe scientifiques sont tout d'abord imparfaits pour se perfectionner par la suite au fur et à mesure que l'on améliore leur construction par une meilleure compréhension des principes qui leur servent de base.

mum de connaissances juridiques puisque d'une part l'application du droit administratif suscite quelques problèmes, telles que la validité et l'interprétation, et d'autre part l'administration participe à la confection du droit, non seulement par l'émission des règlements mais aussi par le rôle considérable qu'elle joue dans la préparation des projets de lois.

40. Le progrès de l'administration publique est en effet fonction de la corrélation fructueuse entre le droit administratif, discipline de caractère normatif posant des règles à respecter, et la science administrative, discipline expérimentale révélant des principes aptes à réévaluer le rendement et la capacité de l'administration.

Le droit positif en général ne fait que traduire sous une forme juridique certaines conceptions déjà adoptées. Ainsi, la règle de droit administratif présuppose une option qu'elle formule et sanctionne (38). Cette option, concernant soit les rapports de l'administration avec les particuliers, soit les méthodes d'aménagement administratif, tient compte en fait aussi bien des principes politiques que de quelques indicatifs de la technique administrative. Mais ces derniers sont malheureusement dans la plupart des cas insuffisants, altérés par de fausses conceptions ou déformés par les idées politiques.

Il est vrai que le progrès de l'administration réclame que l'organisation administrative soit établie sur des principes objectifs efficaces, mais on ne saurait séparer compétement le droit positif de tout jugement de valeur, d'autant plus que cette séparation n'est pas toujours à souhaiter. L'adoption de certaines idées morales peut contrebalancer ce qu'il y a de mécanique dans la science (39). On peut simplement espérer que les véritables principes administratifs remplacent les fausses conceptions d'organisation technique adoptées, par erreur, par le droit administratif.

Le droit administratif devrait, en effet, réconcilier ses valeurs propres notamment en ce qui concerne les droits individuels, avec les principes exacts de la science administrative, de sorte qu'on puisse atteindre — le plus parfaitement possible — les objectifs visés, sans sacrifier les valeurs consacrées.

(38) La science administrative étudie par exemple la question de savoir s'il vaut mieux concentrer tout le pouvoir de décision dans les mains du chef supérieur de service, ou bien en confier une part à ses subordonnés. Le droit administratif vient pour consacrer la solution adoptée et la revêtir de la force juridique. Voir J. RIVERO, op. cit. p. 19.

(39) Voir R. Catherine et Q. THUILLIER. op. cit. p. 341.

Le droit administratif étudie les constructions juridiques des systèmes : l'interprétation des textes, les conditions d'application des institutions, leurs sanctions et les droits et obligations qui en résultent la validité des contrats et des décisions exécutoires de l'administration, la théorie générale des personnes publiques ... etc. Il traite aussi et surtout les atteintes que l'administraton peut porter aux libertés publiques des citoyens et la responsabilité sanctionnée par le recours contentieux devant la juridiction administrative. La protection de ces libertés est un objectif essentiel en droit administratif.

La science administrative cherche les meilleures méthodes d'organisation pour mettre à exécution les tâches d'intérêt général. Ainsi, la centralisation et la décentralisation ne sont pas initialement des concepts juridiques, mais des méthodes de la science administrative qui empruntent au droit les formes par lesquelles elle se concrétisent (37). La même chose est exacte en ce qui concerne la concentration et la déconcentration, les systèmes des fonctionnaires publics et des biens de l'administration. En d'autres termes, la sience administrative étudie l'administration telle qu'elle existe pour rationaliser sa construction et son fonctionnement. Elle ne se désintéresse pas complètement du droit administratif, elle recherche comment celui-ci est pratiquement appliqué et l'apprécie du point de vue de ses effets sur l'efficacité de l'administration.

39. Ainsi, l'étude juridique et l'étude technique sont, toutes deux très nécessaires au développement sain et parfait de l'administration publique de toute société moderne. Etudier les phénomènes administratifs du point de vue exclusivement juridique aboutit dangereusement à restreindre le terrain de la recherche administrative et à entraver finalement le développement de l'administration. L'aspect juridique de l'administration publique ne recouvre pas l'ensemble des questions administratives. En outre, le droit administratif ne peut être sérieusement étudié tout en négligeant la situation réelle des faits administratifs, ou en ignorant les généralités de la science administrative qui peuvent techniquement expliquer une grande partie des règles qui composent ce droit. De même, on ne peut pas faire de la science administrative tout en laissant de côté le système juridique appliqué, car l'administration est sans aucun doute influencée par le droit qui limite son action et organise sa conduite. D'ailleurs, le personnel de l'administraton publique doit avoir un mini-

(37) Cf J. RIVERO, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 3e éd. 1965 avec mise à jour au 1er septembre 1968, p. 277 et 278.

bien dans les livres juridiques que dans les ouvrages de la science administrative.

37. Plusieurs idées se concurrencent pour distinguer et préciser le domaine de recherche de chaque étude. Dans une première conception le droit administratif traite le côté contentieux de l'administration, tandis que la science administrative s'intéresse à sa partie non contentieuse. Mais cette conception ne s'accorde pas avec la réalité effective puisque d'une part le droit administratif contient aussi des études non contentieuses de caractère institutionnel (34), et d'autre part le contentieux administratif peut être étudié en science administrative, sous un angle non juridique, concernant par exemple l'efficacité des systèmes, les administrations mises en cause, les types de recours et les matières sur lesquelles ils portent (35). Selon une autre opinion, le droit administratif étudie l'administration dans ses rapports avec les particuliers, alors que la science administrative est l'étude de l'administration dans ses rapports avec l'Etat (36). Mais en pratique cette opinion est aussi contrariée : d'une part, le droit administratif aborde non seulement des matières hors des rapports de l'administration avec les particuliers, tel que le système des fonctionnaires publics, mais même des questions concernant le rapport administration-Etat lorsqu'il étudie par exemple les sources de ses règles et d'autre part la science administrative ne se désintéresse pas du rapport administration-particuliers, c'est ainsi qu'elle étudie l'opinion publique envers l'administration.

38. Pour nous, le droit administratif a pour objet l'aspect juridique de l'administration, et la science administrative embrasse son aspect technique. Autrement dit, dans la première étude on recherche comment l'administration doit être juridiquement disposée, alors que dans la deuxième on se demande comment elle doit être techniquement organisée pour réaliser la meilleure productivité.

(34) LAFERRIERE enseigne que le droit administratif répond à deux idées : l'idée d'administration à laquelle se rattache l'étude l'organisation administrative, et l'idée de droit à laquelle se rattache l'étude du contentieux administratif. V. traité de la juridiction administrative, 1ère éd. Introduction.

(25) V. DRAGO, Cours de science administrative, 1968 — 69 p. 11.

(36) Cf VIVIEN, Etudes administratives, 1845, cité par J.C. GROSHENS, Droit administratif et science administratives en France, La Revue administrative 1967, p. 658.

Il est absurde, à notre sens, d'appeler science exacte n'importe quelle étude juridique même si les règles qui font son objet sont injustes ou manifestement inapplicables. Attacher le caractère scientifique à une étude donnée dépend aussi bien de sa méthode de recherche que de l'objectivité réelle du sujet étudié. Si le droit positif est une science au sens large du mot, il ne l'est au sens étroit que dans la mesure où il recherche des principes objectifs universels à partir d'une méthode scientifique. Ce droit devrait en tous cas tirer les conséquences des expériences de son application pour se rapprocher autant que possible des sciences exactes.

Pour nous, et sans pénétrer dans les détails de la question délicate du droit naturel, il est des principes essentiels de droit objectif qui inspirent le droit positif de tous les pays. Ces principes — appelés aussi droit rationnel ou naturel — qui devraient régir la conduite de l'homme représenteraient la substance de la véritable science juridique et peuvent être déduits de l'expérience. Les expériences pratiques dans l'histoire des institutions montrent qu'on ne saurait contrarier ces principes de conduite, faute de connaissance ou pour faire prévaloir des intérêts personnels, sans aboutir à des effets nocifs. Cette constatation est très nette en ce qui concerne le résultat de l'application des règles injustes telles que celles consacrant la ségrégation raciale dans certains Etats.

Si les règles juridiques varient, dans une certaine mesure, d'une société à l'autre, il est vrai aussi qu'elles se ressemblent dans leurs grandes lignes, la plupart des actes interdits ou autorisés étant sensiblement les mêmes dans presque toute société humaine. La différence entre le droit d'une société et celui d'une autre procède, à notre avis, soit de l'ignorance du meilleur principe à appliquer, soit de la philosophie adoptée dans la société, soit enfin du moyen utilisé pour atteindre les objectifs en tenant compte des circonstances de chaque société.

III — LA CORRELATION DES ETUDES ADMINISTRATIVES

35. La science administrative et le droit administratif ne sauraient, en effet, se désintéresser l'un de l'autre, l'administration publique étant leur sujet de recherche et son progrès leur but commun.

36. Mais quelles ont tout d'abord les frontières qui séparent ces deux branches de connaissance ? Il est des sujets, tels que la centralisation et la décentralisation, la concentration et la déconcentration, les fonctionnaires publics et les bien de l'administration qui sont traités aussi

ne sont pas entièrement réunies. L'absence de l'une de ces conditions peut ou bien aboutir à l'échec ou bien diminuer le degré de succès de l'expérience selon l'importance de cette condition.

§ 3. *La qualification de l'étude juridique de l'administration*

32. L'étude juridique de l'administration n'est que l'étude du droit administratif. Le droit positif en général pose des règles de conduite selon lesquelles l'existence de certains faits doit produire des effets prévus. Il cherche à réaliser les effets nécessaires ou utiles à la société et éviter les effets nuisibles en sélectionnant les actes de conduite en obligatoire, défendu et permis.

33. Certains auteurs estiment que la connaissance du droit positif d'une société donnée a réellement le caractère scientifique, aussi bien du point de vue de son objet que de ses méthodes de recherches ou de son but (33). En ce qui concerne son objet, il consiste dans la connaissance positive de faits juridiques, objet valable pour une science. Quant à ses méthodes, l'étude juridique, essentiellement descriptive et analytique, fait une place importante aussi bien à la méthode déductive par l'utilisation de différents raisonnements, qu'à la méthode inductive par l'observation des faits juridiques particuliers, jurisprudentiels ou législatifs, pour aboutir à l'énoncé d'une règle générale. Enfin, le but de l'étude du droit positif est d'arriver, à travers ces procédés généraux de la pensée, à une connaissance exacte du système juridique étudié.

34. Il va sans dire que cette étude n'aboutit pas à une connaissance objective proprement dite des principes de droit qui devraient dominer universellement la conduite humaine. Elle débouche simplement sur la connaissance du droit positif d'une société donnée, droit adoptant normalement un certain nombre de jugements de valeur dont le respect est nécessaire aux yeux de ses fondateurs. Ces jugements sont parfois faux, stériles ou même nocifs, et dans d'autres cas ils sont effectivement bons et utiles malgré la difficulté de les prouver scientifiquement. Or, une étude scientifique véritable est dénuée de tels jugements.

(33) Voir R. PINTO et M. GRAWITZ, *méthodes des sciences sociales*, précis Dalloz, 2e éd. 1967, p. 124 et suiv.

d'autant qu'une telle préparation, qui peut convenir sur le terrain des sciences physiques, est rarement possible dans le cadre des sciences humaines. Des expériences fortuites, on peut tirer des principes généraux qui régissent les phénomènes administratifs et les utiliser ensuite pour contrôler les faits et atteindre les résultats recherchés.

La portée générale de ces principes est parfois contestée sous prétexte que la réussite d'un principe dans un pays n'implique pas nécessairement son adaptation dans les autres. Un principe qui donne les meilleurs résultats dans un Etat développé peut échouer dans un pays du tiers monde, et inversement. Pour nous, cet échec est dû en effet à l'absence de l'une des conditions de son application, le degré d'éducation du personnel par exemple. On peut comparer un tel degré d'éducation en sciences humaines au degré de température en sciences physiques, tous deux comptent parfois parmi les conditions nécessaires à l'application d'un principe scientifique.

Bien que ce ne soit pas la conception la plus fréquente, nous constatons que les véritables principes d'administration publiques ne sont pas des règles relatives au sens courant du mot, ils ont réellement une application universelle sur notre planète tout comme les principes des sciences physiques. Lorsque le résultat d'un principe ne se prouve pas en fait dans certaines circonstances, c'est faute de l'une ou de l'autre des conditions d'application de ce principe; et sur ce point il n'y a aucune différence entre une règle de science humaine et une règle de science physique. L'application de cette dernière ne réussit pas non plus si l'une de ses conditions fait défaut; la règle de la gravité ne s'applique pas hors du domaine de l'attraction terrestre exercée sur les corps.

31. La réussite de l'application des principes de l'administration publique n'est pas toujours complète. La variété des éléments qui ont les conditions de cette application, la diversité et la subtilité des facteurs de leur succès leur donnent une certaine souplesse et flexibilité apparentes qui participent malheureusement à la création d'une confusion ayant souvent pour résultat la négation du caractère scientifique des études administratives. La réussite de l'application d'un principe peut donc être complète, partielle ou bien aussi faire défaut selon la présence ou l'absence des conditions de cette application. Les principes des sciences physiques tombent sous le coup de la même constatation. La production d'un corps chimique à partir de ses éléments constitutifs ne réussit pas complètement si les conditions d'application du principe mis en oeuvre

meilleure efficacité administrative. Celle-ci peut être comparée à l'état de neutralité entre l'acide et l'alcali en chimie. On n'arrive à cet état qu'en mélangeant des quantités déterminées des corps selon une certaine proportion, si bien que l'accroissement de l'un au détriment de l'autre compromettra la neutralité. De même, il n'y a pas de contradiction réelle entre les deux derniers principes. Le principe de l'unité de commandement ne contrarie pas celui de la spécialisation, il est au contraire l'une de ses applications, puisque le chef supérieur, qui réalise l'unité de commandement est spécialisé dans la gestion de l'entreprise. Il importe peu qu'il connaisse parfaitement toutes les tâches exécutées à l'intérieur de l'entreprise. Dans sa mission administrative, il lui suffit de savoir l'essentiel des travaux qu'il dirige au lieu de se perdre dans des détails inopérants, alors que, le cas échéant, il peut se mettre au courant de toute affaire soumise à son contrôle.

29. La science administrative est une étude objective purgée des jugements de valeur et des considérations d'ordre éthique. Elle „s'arrête, somme toute science, au moment où s'imposent des options qui relèvent de l'appréciation subjective" (31). La séparation des faits et des valeurs est nécessaire et caractéristique dans la recherche scientifique.

Certes, l'administration suit des buts établis par le pouvoir politique, et ces buts présentent des valeurs à atteindre sans vérification ou appréciation, mais l'administration, dont les tâches impliquent presque toujours jugement et choix (32), devrait rechercher les solutions les plus rationnelles pour réaliser les buts précisés.

30. L'appartenance de la science administrative au groupe des sciences humaines — comme nous l'avons remarqué — n'empêche pas, sur le plan méthodologique, son recours fréquent à l'expérience qui est la pierre d'angle des sciences physiques. L'analyse des faits passés et l'étude des rapports entre les transformations successives des conditions administratives et les résultats effectifs de ces transformations, peuvent aider à expliquer scientifiquement les phénomènes administratifs. De même, le recours aux études comparées permet de profiter des expériences des autres dans le domaine de l'organisation administrative. Il n'est pas indispensable de susciter les expériences en provoquant les phénomènes à observer pour connaître leurs véritables conséquences.

(31) Jean RIVERO, *Traité de science administrative*, 1966, P. 837—838

(32) Voir Robert Catherine et Guy THUILLIER, *Introduction à une philosophie de l'administration*, 1969, P. 340.

analysée par des enquêtes, des méthodes statistiques et des sondages d'opinion.

La science administrative tient à se référer aux résultats acquis par les autres sciences humaines, surtout la sociologie et la psychologie. Les réalités scientifiques quelles qu'elles soient ne sauraient être négligées par n'importe quelle étude sérieuse si elles concernent l'objet de cette étude. La corrélation, l'interdépendance ou l'interaction des sciences humaines dans le domaine administratif est une vérité irréfutable. L'administratif public ne profite pas seulement des résultats du progrès technique, mais elle suit aussi avec intérêt toutes les recherches scientifiques qui peuvent l'intéresser.

28. Quant à la dernière tendance, on peut sans peine réfuter ses conceptions contraires au caractère scientifique de l'étude administrative. L'effet convenable de l'habileté personnelle des administrateurs ne sousentend pas l'absence de principes administratifs. Certes, le degré de réussite de l'application d'un même principe peut varier selon la capacité de celui qui le met en jeu, mais cette habileté apparente n'est en fait que minutie dans l'application du principe, minutie consistant à regrouper soigneusement toutes les conditions de cette application. Il est certain qu'un administrateur ne réussira pleinement que s'il tient compte tant du moment où il prend sa décision que des bons rapports qu'il doit conserver avec ses subordonnés et de toutes les conditions d'application du principe envisagé. Ces conditions sont en réalité moins claires et précises en sciences humaines qu'en sciences physiques, mais on peut faire la même constatation dans toutes les sciences. Ainsi, appliquant les principes du magnétisme pour construire une boussole, le technicien ne réussira parfaitement dans sa mission que s'il veille à l'équilibre de l'aiguille, à sa liberté de mouvement sur le centre et aux autres conditions nécessaires pour la réussite de la mise en action des principes directeurs. Ce technicien, parfois qualifié lui aussi d'habile, n'est en réalité que minutieux dans l'application de principes scientifiques.

La contradiction entre les principes administratifs n'est, en effet qu'apparente. Les deux premiers principes, la réduction du nombre des subordonnés et la diminution des procédures, sont exacts, seulement chacun d'entre eux doit être appliqué dans une certaine limite, de sorte qu'il ne porte pas atteinte à l'application de l'autre, afin de réaliser la

que ses principes ne sont que des critères qui servent de guides pour l'action administrative. Ils contestent l'existence des principes de science administrative et préfèrent parler de simples proverbes, de recettes pratiques ou de propositions de réforme, puisque ces prétendus principes sont parfois contradictoires. C'est ainsi que le principe selon lequel l'efficacité administrative s'accroît avec la réduction du nombre des subordonnés contredit celui enseignant la diminution des étapes à travers lesquelles passent les affaires avant d'être achevées. De même, le principe de l'unité de commandement s'oppose à celui de la spécialisation.

26. Pour nous, bien que discipline nouvelle, la science administrative, correspondant à un champ propre de connaissances et fondée sur la méthode expérimentale, constitue une science exacte au sens étroit du mot. Si certaines conceptions administratives suscitent encore des divergences et si quelques auteurs contestent l'existence des principes de la science administrative, il est certain qu'il s'agit d'une science encore très jeune et que toutes les sciences ont plus ou moins entraîné des désaccords surtout à leur aube.

L'Ecole scientifique et l'Ecole socio-psychologique se complètent, en effet, pour qualifier l'étude scientifique de l'administration. Chacune de ces grandes tendances a partiellement raison. La première révèle l'importance qu'il y a à systématiser les conséquences tirées de l'expérience pour formuler des règles scientifiques, mais elle néglige le caractère humain du mécanisme administratif aussi bien sur le plan psychologique que sur le plan sociologique. La deuxième école évite ce défaut, mais constatant que la mise en pratique des principes administratifs ne réussit pas dans toutes les circonstances, elle conteste la portée générale de ces principes, oubliant que l'application de n'importe quel principe dépend de la réunion de certaines conditions comme nous allons bientôt l'expliquer.

27. L'Ecole scientifique devait reconnaître que la science administrative aborde tous les éléments et conditions du mécanisme administratif. Cette science étudie les attitudes et les comportements collectifs et individuels du personnel, notamment en ce qui concerne le recrutement, les rapports hiérarchiques et les motifs du travail, comme elle observe les matériels de l'administration et leurs effets sur l'efficacité de l'oeuvre administrative. Elle ne se désintéresse pas, non plus, de l'entourage de l'administration et de l'opinion publique qui peut être

En effet, les actes de la conduite humaine ne s'expliquent pas seulement, comme les phénomènes physiques, par le principe de la causalité objective, mais aussi et même souvent par une sorte de causalité subjective, si l'on peut dire, procédé de l'usage de la volonté et de la liberté de choix.

Par conséquent, le progrès à réaliser en sciences physiques est énorme si ce n'est infini, puisqu'elles protent sur des objets matériels, une fois leurs vérités et caractères saisis, on peut découvrir les principes qui les lient pour les utiliser. Mais en sciences humaines, quoique le progrès à venir soit certain, on ne peut espérer dominer tous les phénomènes humains pour créer le paradis terrestre, car ses sciences ont pour objet l'homme, avec sa volonté propre, son intérêt personnel et son esprit impur entaché de vices et d'égoïsme.

§ 2 — *La qualification de l'étude scientifique de l'administration* :

25. L'étude scientifique de l'administration publique et son encadrement dans la famille des sciences exactes suscite un désaccord entre les chercheurs. Plusieurs auteurs évitent de prendre parti quant à la qualification de l'objet de leurs études, se contentant soit du mot étude, soit de l'étiquette administration publique (28).

Le caractère scientifique de l'étude administrative a été reconnu par l'Ecole américaine dite „scientific management”. Celle-ci, cherchant à découvrir les principes de la bonne administration, a mis en avant un certain nombre de concepts tels que l'unité de commandement, la spécialisation et la délégation des responsabilités. S'opposant au pragmatisme pur, cette Ecole affirme que l'étude administrative est une véritable science dans la mesure où son objet est méthodologiquement traité dans un esprit scientifique.

De nombreux auteurs estiment que l'étude de l'administration publique est à la fois une science et un art (29). Pour d'autres elle n'est point une science, mais un simple art basé sur l'habileté personnelle. L'Ecole socio-psychologique — animée par Herbert Simon (30) affirme

(28) Sur les différentes attitudes des auteurs américains voir LANGROD, ouvrage déjà cité.

(29) V. Léonard HITE, Introduction to the study of public administration 1955 Introduction

(30) Cf Herbert SIWON, Administrative behavior : a study of decision-making process in administrative organization.

des procédés de simulation (26). D'autre part, l'analyse historique et comparée, qui ne se contente pas de l'étude purement descriptive mais qui tient compte surtout de relations entre les causes et les effets, des rapports entre les procédés suivis et les résultats obtenus, a une grande importance dans les recherches des sciences humaines, et peut sans danger, si on contrôle bien ses conditions, remplacer l'étape de l'expérimentation.

23. Quels que soient leurs sujets, les sciences se développent de jour en jour et la vérité se présente de plus en plus clairement au fur et à mesure que les causes des phénomènes se font jour. La nature tout entière, dont la société humaine fait partie intégrante, n'est qu'un certain ordre de choses unies les unes aux autres par la relation cause-effet. Elle contient des lois régissant les matières et d'autres concernant les phénomènes humains.

Ce sont ces lois qui peuvent être prises pour assise pour établir les moyens d'atteindre les objectifs. En sciences physiques, à partir de la connaissance des réalités et caractéristiques de quelques corps un appareil peut être créé pour réaliser un certain but. De même, en sciences humaines, sachant les raisons et conséquences de certains phénomènes, une institution destinée à remplir une fonction donnée peut aussi naître. Dans les deux catégories de sciences une seule règle peut servir de base pour construire plusieurs appareils ou établir divers systèmes. A ce propos on peut citer les multiples applications de la loi magistrique en sciences physiques et celles de la loi de spécialisation en sciences humaines, il y a bien des façons d'appliquer ces lois.

24. Mais s'il existe une ressemblance entre les lois physiques et les lois concernant les phénomènes humains, la différence n'est pas moins certaine. Dans les premières la connexion de la cause et de l'effet est simple : chaque fois qu'existe une certaine cause, un effet déterminé l'accompagne. Quant aux dernières, la question y est moins claire et plus complexe (27), puisque ces lois sont à la fois causales, car elles expliquent les causes des phénomènes humains, et normatives, parce qu'elles montrent les voies à suivre pour atteindre le bien-être de l'homme. Pour que ces lois puissent servir, elles doivent être connues et adoptées, contrairement aux lois physiques qui gouvernent strictement des matières inertes sans volonté ni connaissance.

(26) VO DIRRAGO, op. cit. p. 7

(27) Cf. PINTO et M. GAWITZ, op. cit. p. 28

L'importance de l'aspect méthodologique des recherches se rapporte à la possibilité de vérifier la connaissance obtenue et présenter la preuve de son exactitude. C'est pourquoi on dit que le recours à la méthode scientifique basée sur l'expérimentation donne le caractère de science, au sens étroit du mot, à l'objet de l'étude, qu'il s'agisse d'un domaine physique ou humain.

Les sciences humaines se différencient des sciences physiques par leur objet de recherche. Tandis que ces dernières traitent les matières et leurs rapports causals, les premières se penchent sur les phénomènes humains.

22. C'est à propos des sciences humaines — dans lesquelles l'homme est à la fois sujet et objet d'investigation — qu'on discute le caractère proprement scientifique de l'étude, souvent pour le réserver aux sciences physiques, seules sciences exactes, et considérer les premières simplement comme des sciences conjecturales (24).

Les sciences humaines ne sont pas, à notre avis, toujours incompatibles avec la méthode expérimentale, elles invitent parfois simplement à atténuer le schéma classique de cette méthode dans ses trois étapes, l'observation, l'hypothèse et l'expérimentation, pour l'adapter à leur nature. L'observation doit jouer un rôle essentiel dans les recherches des sciences humaines car l'expérimentation y est rarement possible puisque les facteurs à examiner ne peuvent être transposés en laboratoire. Mais pour ces sciences l'observation doit être bien préparée et contrôlée. Elle exige plus d'attention et de surveillance car l'objet de l'observation comme l'observateur sont tous deux humains d'une part, et d'autre part les outils et instruments facilitant la recherche — comme le microscope en sciences physiques — font défaut en ce domaine. Quant à l'hypothèse, elle intervient après l'observation pour interpréter les faits significatifs et formuler leurs relations dans une loi générale. Enfin, la troisième et dernière étape, l'expérimentation n'est pas indispensable à toute science, l'astronome a pu progresser sans expérimentation (25). L'essentiel de cette étape est la vérification de l'hypothèse par n'importe quel moyen sûr.

Il convient de noter de plus que l'utilisation des ensembles électroniques a permis l'expérimentation dans des domaines où elle était impossible, par la construction de modèles et les recours à

(24) Cf DRAGO, op. Cit. p. 6 et suiv.

(25) Voir Roger PINTO et Madeleine GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, Précis Dalloz, 2e éd. 1967, p. 305 et suiv.

C'est principalement à cause des larges pouvoirs dont disposent l'administration que le droit administratif paraît aujourd'hui plus important qu'autrefois. Il permet de concilier l'exercice des prérogatives administratives exorbitantes du droit commun et impiquant la prééminence de l'intérêt général avec la sauvegarde des libertés publiques des droits des individus.

19. La juridiction administrative joue un rôle essentiel dans la formation comme dans le contrôle de l'application du droit administratif. La part du législatuer dans la confection des règles qui freinent le dynamisme de l'administration n'est pas encore assez importante en comparaison avec celle des règles jurisprudentielles. Pourtant, on peut s'attendre, avec le progrès de la science administrative, à une croissance sensible de l'intervention législative dans le domaine de la réglementation administrative pour consacrer l'orientation vers les directives de cette science.

20. Le droit administratif et la science administrative ont ainsi pour objet commun l'administration publique. Mais, tout en reconnaissant que l'orientation des recherches n'est pas la même pour ces deux études, le droit n'est-il pas lui aussi une science concernant l'administration publique ? Y a-t-il une différence dans la nature de l'étude entre le droit administratif et la science administrative permettant de qualifier cette dernière seulement de „science” pour la distinguer du droit qui n'est pas une science ? Avant de répondre à cette question en abordant la nature de chaque étude, il convient de discuter la signification du mot science.

§ 1 — La signification du mot science

21. La science en général est un ensemble de connaissances fondées sur l'étude et concernant un domaine donné (23). Mais en fait le mot science a deux sens. Son acception est parfois étroite qu'il ne contient que les recherches débouchant sur des réalités matériellement prouvées, c'est-à-dire déduites par une méthode expérimentale. Le deuxième sens est assez large pour recouvrir toute image d'étude sérieuse effectuée dans n'importe quel domaine, abstraction faite de la méthode de recherche suivie, une méthode déterminée n'étant pas nécessairement adéquate à n'importe quelle étude.

(23) Larousse

sation, le droit systématise les activités administratives selon les principes qu'il estime efficaces.

17. Le droit administratif peut être défini comme le corps des règles juridiques qui régissent la conduite de l'administration lorsqu'elle ne se soumet pas exceptionnellement au droit privé (20).

Certes, la soumission de l'administration au droit n'exige pas nécessairement l'existence d'un droit administratif indépendant. Les administrations anglaises et américaines obéissent, dans une large mesure, au même droit que les particuliers. Même dans les pays de droit administratif, telle que la France, l'administration utilise parfois des procédés de droit privé surtout en ce qui concerne les services publics industriels et commerciaux dont elle assure la gestion. Pourtant, il faut reconnaître que les règles de droit privé ne conviennent pas toujours aux rapports administratifs, soit à cause de la présence de problèmes inconnus de ce droit telles que les conditions de validité des actes mettant en œuvre les prérogatives de la puissance publique, soit parce que les solutions adoptées par les règles du droit privé ne s'adaptent pas aux rapports administratifs, par exemple la relation entre l'administration et les fonctionnaires publics (21).

18. Mais la soumission de l'administration au droit ne l'enchaîne pas complètement. Tout en limitant l'action de l'administration, le droit ne saurait la priver de toute liberté et toute initiative, au risque de paralyser son activité. Si la règle juridique précise à l'administration un but à réaliser ou des limites à respecter, elle ne peut lui tracer rigoureusement les voies à suivre. L'administration dispose d'une certaine appréciation dans le choix de ses moyens d'action, d'un certain pouvoir discrétionnaire. au sein de l'orientation générale du droit qui se contente de jalonner les grandes lignes de son organisation (22).

(20) Voir Jean RIVERO, *op. cit.*, p. 19

(21) Cf WALINE, *op. cit.*, p. 15

(22) Le pouvoir discrétionnaire de l'administration varie selon qu'il s'agit d'une administration de gestion ou d'une administration de mission, comme le remarque bien M. Edgard FISANI dans un article publié dans la revue française de science politique, 1956. La première consiste à gérer les services publics déjà organisés pour assurer la vie quotidienne et satisfaire les demandes des administrés. Quant à l'administration de mission, elle est une confrontation avec des problèmes nouveaux dont les solutions ne sont pas encore dictées, et c'est ici spécialement qu'apparaît nettement le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

tirer les conséquences et déduire les principes qui gouvernent le fait administratif (17).

La recherche scientifique sur le terrain administratif vise, en effet, à simplifier et systématiser les opérations, en réduisant les problèmes fréquemment renouvelés en routine facilement applicable par le bas niveau de l'administration. Elle formule des principes aptes à être mécaniquement appliqués (18).

14. Ainsi, cette étude n'est pas stérile ni purement philosophique. Elle cherche à découvrir et mettre en avant les règles de la bonne administration et les principes guides du progrès. Savoir pour savoir n'est plus guère la devise des sciences au vingtième siècle.

15. L'importance de la science administrative est de nos jours reconnue aussi bien dans les pays occidentaux que dans les pays socialistes et les Etats du Tiers-Monde. Après le prodigieux développement de la vie étatique contemporaine on n'hésite plus à affirmer que "quel que soit l'avenir, la science de l'administration deviendra l'instrument essentiel du bien-être humain" (19). La haute technicité des problèmes administratifs et la conviction que la bonne administration est nécessaire pour le progrès de toute société ont incité presque partout à créer des organismes spécialisés dans la recherche administrative.

§ 2 — *L'étude juridique de l'administration*

16. L'administration publique, dans un Etat de droit, est liée par la règle juridique qui lui trace les limites à respecter, pour que son action ne soit pas arbitraire. Les actes de l'administration doivent se conformer au droit aussi bien du point de vue du fond que du point de vue de la forme.

L'obligation de l'administration de demeurer, dans sa conduite, sur le terrain de la légalité tient à des considérations variées. D'une part, cette obligation apporte aux individus une garantie capitale contre les empiètements, l'arbitraire et l'abus du pouvoir de l'administration. D'autre part le respect des règles juridiques est un respect des impératifs de la politique gouvernementale. A cela s'ajoute que, par son organi-

(17) Cf DIMOCK, DIMOCK & KOENIG, op. cit. préface, p. VI

(18) Voir Elements of public administration, edited by Fritz Morstein Marx, second edition, Prentice Hall of India (PVT) Ltd. New-Delhi, 1964, p. 47.

(19) Cf Charles A. BEARD, Public policy and general welfare, New-York, 1941, p. 158 et suiv. Cité par Langrod, op. cit.

administratif ⁽¹⁴⁾. Le caractère forcément ajuridique des études administratives aux Etats-Unis comme en Angleterre devait enfin s'atténuer plus ou moins pour permettre à l'étude juridique de prendre, elle aussi, sa place à côté de la science administrative.

§ 1 — *L'étude scientifique de l'administration*

12. L'étude scientifique ⁽¹⁵⁾ de l'administration consiste à décrire, analyser et critiquer les structures et les procédés de l'administration, pour expliquer et apprécier les phénomènes administratifs. Elle a pour but de déboucher sur les principes dont l'application conduit à relever la capacité de l'administration, aussi bien en améliorant les prestations qu'elle présente du point de vue quantitatif et qualitatif, qu'en diminuant les efforts et dépenses utilisées pour produire ces prestations.

La science administrative est une science humaine ayant pour objet de décrire et d'expliquer ⁽¹⁶⁾ l'édifice et le mécanisme de l'appareil étatique chargé d'exécuter la politique générale du gouvernement, afin de dégager les principes dont l'application aboutit à la meilleure exécution de cette politique,

Cette science cherche donc à saisir tout d'abord les phénomènes administratifs et ensuite à les expliquer et déterminer leur pourquoi pour mettre en relief les véritables déterminants de l'efficacité administrative.

13. Les expériences pratiques de la vie administrative montrent que certaines façons d'agir aboutissent plus efficacement à la réalisation des buts de l'administration, et que la réalisation des buts de l'administration, et que la productivité de l'administration s'accroît par la bonne utilisation des moyens dont elle dispose. De ces expériences on peut

(14) Voir Georges LANGROD, *Science et enseignement de l'administration publique aux Etats-Unis*, librairie Armand Colin, 1954, p. 42 — 60.

(15) Il nous apparaît naturel — au moins linguistiquement — d'appeler étude scientifique de l'administration les études de la science administrative, bien que des auteurs savants nient le caractère scientifique de ces études comme nous allons le voir dans les pages à venir.

(16) Voir Bernard GOURNAY, *Cours de science administrative* donné à l'Institut International d'Administration publique, p. 1 et suiv.

et pour moyens les ressources nationales, l'administration publique devrait — pour bien assumer sa mission — exercer ses pouvoirs le plus efficacement possible afin d'atteindre le meilleur rendement; c'est le but de la science administrative. D'autre part, l'administration ne devrait abuser de ses pouvoirs et restreindre les droits des citoyens que dans la mesure exigée réellement par l'intérêt général : c'est l'essentiel du droit administratif qui formule d'ailleurs juridiquement les indicatifs de la science administrative.

La science administrative étudie l'administration en fait, son édifice et ses procédés du point de vue descriptif, analytique et critique, afin de relever sa productivité. Le droit administratif concentre sa recherche sur les règles juridiques qui déterminent l'organisation et régissent l'action de l'administration, notamment en ce qui concerne ses rapports avec les administrés. Mais ses règles ne recouvrent pas tous les problèmes envisagés d'autant plus qu'elles ne sont pas toujours pratiquement respectées, ni toujours très efficaces.

11. La nécessité d'étudier l'administration à la fois du point de vue juridique et du point de vue scientifique est maintenant ressentie et reconnue aussi bien en Europe qu'aux Etats-Unis. Pourtant, et jusqu'à une date récente, l'étude administrative en France était concentrée sur la légalité du fait administratif, alors que dans les pays anglo-saxons c'est son efficacité qui attirait l'attention des chercheurs.

Les recherches administratives en France, cantonnées depuis longtemps dans le domaine juridique, ont dû récemment s'orienter vers l'organisation technique de l'administration en vue de trouver les meilleurs solutions à de nombreux problèmes qui ne sont pas suffisamment abordés du point de vue scientifique. Dès le début du vingtième siècle, particulièrement au cours et après les première et deuxième guerres mondiales, la science administrative a commencé à prendre place parmi les sciences humaines, encore que les études dont elle a fait l'objet restent généralement assez faibles et fragmentaires dans les pays continentaux en comparaison avec les recherches d'outre-atlantique.

Parallèlement, l'ambiance anti-juridique qui a marqué le développement de la science de l'administration publique aux Etats-Unis n'a pas empêché certains auteurs d'insister sur la nécessité des études du droit

I — LES BRANCHES DES ETUDES ADMINISTRATIVES

8. Quelle que soit la nature du régime politique de l'Etat, l'extension considérable des fonctions étatiques est devenue une nécessité reconnue partout. L'Etat moderne se charge de résoudre les problèmes innombrables de la société, non seulement dans le présent mais aussi en ce qui touche les perspectives d'avenir, notamment du point de vue démographique et économique. L'accroissement des tâches de l'Etat a accentué l'importance de l'administration et entraîné un changement flagrant de son rôle (13). Il suffit de comparer l'administration de nos jours à celle du début du XX^e siècle pour constater l'ampleur de ce changement, qui apparaît souvent sous l'image d'une évolution sans aspect spectaculaire ou rupture brusque.

9. L'importance croissante de l'administration dans la vie étatique et la complexité de sa mission ont fortement incité et encouragé toute recherche concernant l'administration de quel point de vue que ce soit, presque dans tous les pays civilisés.

L'administration peut être abordée sous des angles variés. Elle peut être traitée du point de vue historique : l'histoire administrative, du point de vue sociologique : la sociologie administrative, du point de vue philosophique : la philosophie administrative, du point de vue juridique : le droit administratif : et enfin généralement du point de vue expérimental : la science administrative.

10. Parmi toutes ces études, il n'y a que la science administrative qui est pure et propre à l'administration ; toutes les autres — histoire, sociologie, philosophie, droit — sont en réalité des études indépendantes, aptes simplement à être appliquées à l'administration. Elles sont des recherches auxiliaires à la science administrative, à part le droit administratif qui n'est pas une simple étude auxiliaire puisqu'il ne se contente pas de formuler juridiquement les principes de cette science, mais il sort aussi dans une large mesure de la sphère purement scientifique, soit pour s'intéresser à certains jugements de valeur telles que l'idée de justice et l'idée de la liberté.

C'est donc la science administrative et le droit administratif qui font l'essentiel des études administratives. L'autorité spéciale de ces deux études peut être ainsi rationalisée : ayant pour but l'intérêt général

(13) DIMOCK, DIMOCK & KORNIG, op. cit. p. IX

PLAN DE RECHERCHE

I — Les branches des études administratives

§ 1 — L'étude scientifique de l'administration

§ 2 — L'étude juridique de l'administration

II — La nature des études administratives

§ 1 — La signification du mot science

§ 2 — La qualification de l'étude scientifique de l'administration

§ — La qualification de l'étude juridique de l'administration

III — La corrélation des études administratives

et une décentralisation administrative. Le personnel de l'administration, quoique le serviteur de celle-ci, dénonce quelques absurdités au sein de l'organisation où il entreprend sa tâche, et souhaite l'amélioration des conditions de son travail pour faire face à sa mission avec le maximum d'efficacité; il réclame surtout le relèvement du traitement et l'accroissement de ses avantages. De son côté, le gouvernement envisage constamment le problème de la réforme administrative pour augmenter la productivité du travail administratif, absorber l'esprit révolutionnaire de la population ⁽¹¹⁾. et atténuer la lourdeur de l'appareil exécutif tout en prenant en considération les impératifs d'ordre financier ⁽¹²⁾.

Pourtant et malgré la variété des revendications de ceux qui réclament la réforme, tous les intéressés s'accordent sur la finalité de cette réforme, finalité qui consiste à permettre à l'administration d'atteindre ses objectifs au moindre coût et d'obtenir les meilleurs résultats possibles avec les moyens dont elle dispose. Mais chacun traite la question de son point de vue — souvent imparfait — exaltant les transformations qui le favorisent.

7. Pour bien mettre en évidence le rôle de la science administrative et du droit dans la vie de l'administration publique, il convient d'expliquer au premier abord les caractéristiques essentielles des deux disciplines pour les discerner l'une de l'autre; après quoi on essaiera d'élucider la nature de chaque étude du point de vue scientifique pour savoir jusqu'à quel degré l'administration peut être dirigée par de véritables règles scientifiques; enfin, la corrélation des deux branches de recherche sera exposée afin de révéler la coopération qui pourrait s'établir entre elles pour servir leur but unique : le perfectionnement de l'administration.

(11) V. DIMOCK, DIMOCK & KOENIG, *Public administration*, revised edition, Holt RINCHART and WINSTON, New-York, 1961, p. 3.

(12) GOURNAY, *opcit.*, p. 294 et suiv.

exécutif. Celui-ci ne se contente pas, comme son nom pourrait le laisser entendre, de l'exécution des plans déjà précisés, il joue un rôle de plus en plus substantiel dans l'élaboration de décisions qui engagent l'avenir national (

4. L'administration publique se distingue également de l'administration privée, aussi bien par son but qui est l'intérêt général que par ses moyens d'action qui consistent souvent dans l'utilisation des prérogatives de la puissance publique. Pourtant, la parenté entre les deux administrations n'est pas contestée, surtout en ce qui concerne les conceptions de l'organisation et de la division du travail.

5. L'administration de l'Etat contemporain est une machine lourde, compliquée et difficile à changer ou modifier en raison de l'équilibre statique établi entre ses éléments composants. C'est pourquoi la plupart des propositions de réforme administrative demeurent sans suite, elles se heurtent à des forces antagonistes qui les neutralisent (9). D'autre part, la complexité des problèmes administratifs est telle que leurs solutions ne sont pas toujours faciles à adopter. On peut citer pour exemple le regroupement des tâches communes à tous les ministères, tels que les services médicaux, au sein d'un organisme interministériel spécialisé. Ce regroupement correspond à une préoccupation générale dans les administrations modernes. Pourtant et sans contester ses avantages dans certains cas, on peut constater que ce regroupement ne saurait être appliqué à toutes les tâches communes. Les dactylographes, par exemple, ne peuvent pas convenablement être rassemblés dans un service unique pour effectuer les travaux utiles à toutes les unités administratives (10).

6. La réforme administrative est partout et souvent réclamée par tous les intéressés, quelle que soit leur situation vis-à-vis de l'administration, qu'il s'agisse des administrés, des fonctionnaires ou du gouvernement. L'administration de l'Etat ne satisfait parfaitement personne. Les administrés se plaignent de la longueur des procédures et la complexité des réglementations et espèrent une diminution des impôts

(8) V. Marcel WALINE, Précis de droit administratif, éd. Monchrestien, 1969, pp. 9 et suiv.

(9) Cf Bernard GOURNAY, Introduction à la science administrative, Librairie Armand Colin, 1970, p. 293 et suiv.

(10) op. cit. p. 297

individuels comme la loi budgétaire ou le décret concernant l'organisation d'un service public, ou bien dans des règles juridiques, c'est-à-dire des dispositions générales, émises soit par le Parlement exerçant son pouvoir législatif, soit par l'Exécutif pratiquant son pouvoir réglementaire. Quelle que soit son image le gouvernement, pouvoir politique de l'Etat, précise Les points qu'il estime essentiels sur le terrain de l'activité étatique, laissant à l'administratin le soin d'oeuvrer dans ce cadre. Le terme „politique” désigne l'élaboration des plans, et mot „adinsitration” signifie l'exécution de ces plans (4).

Les rapports réciproques entre la fonction gouvernementale et la fonction administrative sont certains (5). Ils se manifestent en plusieurs aspects. L'action gouvernementale et la direction des activités administratives incombent souvent aux mêmes organes. Le rôle du ministre à la tête de son ministère est un exemple clair de cette double fonction. En oute, l'administration présente au gouvernement les préparatifs nécessaires à l'élaboration des plans en lui soumettant les données effectives des problèmes à affronter. Elle lui précise aussi les entraves et les difficultés envisagées dans la réalisation des plans gouvernementaux. Aussi, le gouvernement laisse toujours un certain pouvoir discrétionnaire à l'asministration pour qu'elle puisse fructueusement remplir sa mission. Enfin, le même fait peut avoir le caractère à la fois gouvernemental et administratif : la nomination d'un fonctionnaire, bien que fait essentiellement administratif, peut avoir une portée gouvernementale si elle marque un changement politique (6).

3. La fonction administrative se distingue des autres fonctions de l'Etat. Elle n'est pas confondue avec la fonction judiciaire qui réside en l'application du droit aux litiges en cas de contestation, ni avec la fonction législative qui consiste normalement à poser des règles générales régissant l'ensemble des activités publiques ou privées sans aborder les détails de l'application (7). Elle fait partie de la fonction du pouvoir

(4) Cf Georges LANGROD, Science et enseignement de l'administration publique aux Etats-Unis, Librairie Armand Colin, 1954, p. 25

(5) Cf Jeanne SIWEK, POUYDESSEAU, Le personnel de direction des ministères, Librairie Armand Colin, Collection U, 1969, p. 113 et suiv.

(6) Cf Jean RIVERO, Droit administratif, Précis Dalloz, 3e édition, p. 12.

(7) La distinction entre la fonction administrative et la fonction législative surtout rencontre quelque difficulté issue du fait que l'adinsitration élabore aussi des règlements posant, comme la loi émise par le Parlement, des règles générales.

L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ENTRE LA SCIENCE ET LE DROIT

Par

MAGED EL-HELW

Chargé de Cours à la Faculté de Droit d'Alexandrie.

INTRODUCTION

1. L'administration publique, objet commun de la science administrative et du droit administratif, n'est pas aisée à définir avec précision, pourtant, et d'une façon globale, on peut dire qu'elle est l'entreprise tendant à réaliser les buts généraux prévus par le gouvernement de l'Etat.

D'une façon plus précise, en effet, le mot administration dans le domaine des connaissances étatiques — comme généralement d'ailleurs — présente deux sens. L'administration est ou bien un organe ou bien une action. Dans le premier sens, dit organique, elle consiste dans l'ensemble du personnel d'un service public, et dans le deuxième sens, dit matériel, elle signifie l'activité de gérer ou de diriger les affaires publiques. C'est ainsi qu'on peut dire dans un sens que l'administration est récemment nommée et dans l'autre que l'administration est confiée à quelqu'un ⁽¹⁾.

2. Le rôle de l'administration dans l'Etat est essentiellement exécutif et subordonné ⁽²⁾. Il consiste en la réalisation des décisions du gouvernement, en mettant certains moyens en oeuvre pour poursuivre des buts déterminés ⁽³⁾. Ces décisions figurent ou bien dans des actes

(1) Le terme administration publique signifie parfois aussi l'étude de l'administration, c'est ainsi que la science administrative dans les pays anglo-saxons est appelée „public administration”.

(2) La subordination de l'administration paraît même dans son origine étymologique. Le mot administration vient du terme latin „ad-ministrare” qui signifie servir pour V. Roland DRAGO, Cours de science administrative, 1968—1969, p. 3

(3) V. Traité de Science administrative, éd. Mouton, 1966 P. 448

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

**PUBLIÉE PAR LA FACULTE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE**

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*
Directeur de la Rédaction : *Dr. MOSTAFA K. TAHA*

15^{ème} ANNÉE, 1970
No. 2

REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET
ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR
LA FACULTE DE DROIT
UNIVERSITE D'ALEXANDRIE



Vlo. XV
1970 — No. 2